



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IZABELLA SERAPHIM PITANGA**

**REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS NA  
RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE: AS SITUAÇÕES EM QUE  
O PROFISSIONAL É VÍTIMA DO ABUSO DE DIREITO DE  
AÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

Salvador  
2017

**IZABELLA SERAPHIM PITANGA**

**REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS NA  
RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE: AS SITUAÇÕES EM QUE  
O PROFISSIONAL É VÍTIMA DO ABUSO DE DIREITO DE  
AÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

Monografia apresentada ao curso de  
graduação em Direito, Faculdade Baiana de  
Direito, como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

**IZABELLA SERAPHIM PITANGA**

### **REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS NA RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE: AS SITUAÇÕES EM QUE O PROFISSIONAL É VÍTIMA DO ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

Aos Colegas do Movimento Ordem dos Médicos do Brasil, pela amizade, coragem e perseverança.

Estamos juntos!

*Eu acredito é na rapaziada  
Que segue em frente e segura o rojão  
Eu ponho fé é na fé da moçada  
Que não foge da fera, enfrenta o leão  
Eu vou à luta com essa juventude  
Que não corre da raia a troco de nada  
Eu vou no bloco dessa mocidade  
Que não tá na saudade e constrói  
A manhã desejada*

*Gonzaguinha*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Leonardo Vieira Santos, pela orientação de valor inestimável e por ser um exemplo a ser seguido, como advogado, professor e cidadão.

À minha família e aos meus amigos, pelo incentivo para enfrentar todos os novos desafios.

A Luiz Sampaio Athayde Junior, meu marido, pela paciência e bom humor que fazem tudo ser muito melhor ao seu lado.

*“Enquanto a segurança precisar de uma fechadura, e a boa-fé de um tabelião, os homens lutarão de reino em reino, como de pessoa a pessoa”*

Machado de Assis - *Crônicas*

## RESUMO

A deterioração da relação médico-paciente é um fenômeno que tem múltiplas causas, como a precarização dos vínculos de trabalho dos médicos e o advento da intermediação da mão de obra, com o surgimento das operadoras de saúde. O aumento da judicialização das questões que envolvem a relação médico paciente vem sendo causa de preocupação não apenas para a categoria médica, mas para a sociedade como um todo, já que o excesso de demandas onera o sistema de saúde e cria entraves na própria estrutura do poder judiciário. O presente trabalho visa identificar as situações em que o direito de demandar em juízo se exacerba para um abuso de direito processual. A boa-fé é um princípio vetor que rege todo ordenamento jurídico brasileiro, determinando que as relações jurídicas devem ocorrer de maneira leal, proba e cooperativa, alcançando também a esfera processual. O abuso de direito processual, gênero do qual a má-fé processual é espécie, é ato ilícito e gera danos materiais e morais ao médico lesado, que tem o direito de buscar reparação para compensar tais estragos. O termo de consentimento informado pode servir de prova judicial capaz de configurar abuso de direito processual, nos casos em que os pacientes, inconformados, procuram indenização pela reparação de danos que foram previstos no documento citado. Nesta hipótese, estaria configurada a má-fé processual, pois o paciente estaria violando o dever de veracidade e se utilizando do processo para conseguir objetivo ilegal, qual seja, o enriquecimento ilícito.

**Palavras-chave:** Relação Médico-Paciente; Princípio da Boa-fé; Responsabilidade Civil; Abuso de Direito; Abuso de Direito de Ação.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE</b> .....	13
2.1 HISTÓRICO DAS RELAÇÕES: ENTRE O MÉDICO E O MONSTRO....	15
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	23
<b>2.2.1 Natureza de Relação Jurídica Contratual de Consumo</b> .....	24
<b>2.2.2 Natureza Jurídica Sui Gêneris</b> .....	28
<b>3 DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE</b> .....	33
3.1 CONCEITO DE BOA-FÉ.....	33
<b>3.1.1 Boa-fé Subjetiva</b> .....	34
<b>3.1.2 Boa-fé Objetiva</b> .....	35
3.2 AS FUNÇÕES DA BOA FÉ.....	38
<b>3.2.1 Função Interpretativa dos Contratos</b> .....	39
<b>3.2.2 Função Restritiva do Exercício Abusivo de Direitos Contratuais (Controle)</b> .....	40
<b>3.2.3 Função Criadora de Deveres Anexos à Prestação Principal (Integrativa)</b> .....	40
3.3 A BOA FÉ OBJETIVA NA ESFERA PROCESSUAL.....	42
3.4 DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ: UMA VIA DE MÃO DUPLA..	44
3.5 TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DEVERES DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	46
<b>4 DA RESPONSABILIDADE DO PACIENTE POR ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO</b> .....	53
4.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	53
<b>4.1.1 Conduta Humana</b> .....	54
<b>4.1.2 Dano</b> .....	56
<b>4.1.3 Nexo de Causalidade</b> .....	57
<b>4.1.4 Nexo de Imputação</b> .....	58
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO.....	60

4.3 ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO.....	63
4.3.1 Conceito.....	64
4.3.2 Critérios de Identificação.....	69
4.3.3 Uso do Termo de Consentimento Informado: Elemento de prova?.....	71
4.3.4 Jurisprudência.....	72
4.3.5 Consequências: Breve dimensionamento dos danos causados ao médico	74
4.3.5.1 Dano Moral.....	75
4.3.5.2 Danos Materiais (Honorários Advocatícios e Custas Processuais)...	77
4.3.3.3 Lucros Cessantes.....	78
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre os médicos e seus pacientes, tradicionalmente baseada em uma relação de confiança bilateral, vem se modificando ao longo das últimas décadas em consequência do advento da intermediação da mão de obra (através das operadoras de saúde) e da precarização das relações trabalhistas dos médicos com os entes públicos e privados. A figura do médico de família, conselheiro, amigo, foi substituída por um novo modelo: o médico “do convênio”, “do hospital” ou “da clínica”. O vínculo, antes personalíssimo, ganha viés mercantilista, a ponto de ser considerada nos dias atuais, pela maioria da doutrina jurídica, como uma relação de consumo da mesma maneira que qualquer outra relação de prestação de serviços. Tal fato traz consequências para ambos os polos da relação. Os médicos são compelidos a trabalhar atendendo uma demanda muitas vezes superior à sua força de trabalho física e intelectual, em condições que muitas vezes atentam à dignidade da pessoa humana do profissional e do paciente. Esta sobrecarga de trabalho, por óbvio, aumenta o risco de ocorrerem erros e gera muita insatisfação, o que vem acarretando um aumento exponencial das demandas movidas pelos pacientes contra seus médicos.

No prisma de um vínculo que nasce desigual, tendo em vista, de um lado, o monopólio do conhecimento pelo profissional médico e, de outro, a fragilidade física e emocional de uma pessoa acometida por uma doença ou um trauma, é natural considerar o paciente como potencial vítima da opressão, maus-tratos, erros e arbitrariedades do médico e, portanto, o polo vulnerável da relação. Partindo desta premissa, é perfeitamente aceitável que o paciente, ao se sentir lesado, procure ser ressarcido, de alguma forma, pelos danos sofridos. Contudo, a obrigação de agir dentro do princípio da boa-fé atinge os dois polos obrigacionais. O dever de indenizar diante da ocorrência de um dano que esteja relacionado a uma conduta comissiva ou omissiva de uma das partes é recíproco na relação contratual.

O aumento das demandas judiciais requerendo reparação por danos materiais e morais no âmbito desta relação, tendo o paciente como autor da ação, tem sido largamente divulgado pelos meios midiáticos nacionais. Entretanto, estudos recentes têm demonstrado que a maioria destas demandas são improcedentes. Por outro lado os médicos, mesmo quando julgados inocentes, são obrigados a arcar com

altas despesas necessárias para custear sua defesa. Isto ocorre porque muitos pacientes solicitam o benefício da justiça gratuita e em função disto, quando perdedores na litigância, não se responsabilizam de imediato pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, ficando tais encargos em condição suspensiva de elegibilidade por até cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença que os certificou, podendo ser executados, neste prazo, apenas se o credor provar que deixou de existir a situação de pobreza que justificou a gratuidade. Além disto, os honorários contratuais previamente estabelecidos entre o médico e seus advogado são devidos.

Certamente, à ofensa à boa fé processual não ocorre em todas as situações em que o paciente perde a causa judicial. Em muitos casos, o paciente está apenas exercendo o seu direito constitucional de ação. Do ponto de vista da relevância jurídica, o presente trabalho pretende verificar se é possível estabelecer critérios que sejam capazes de identificar as situações em que o paciente e/ou seu advogado estariam propondo uma ação judicial abusiva e, nestes casos, se seria cabível a reparação por danos materiais e morais advindos desta prática. Assim também, procurou-se verificar a possibilidade da utilização do termo de consentimento informado como meio de registro das obrigações decorrentes do dever de boa-fé, recíprocas na relação médico-paciente, e como meio de prova na caracterização de abuso de direito de ação em demandas judiciais propostas pelos pacientes.

Do ponto de vista social, é compreensível o interesse da categoria médica de conhecer os institutos jurídicos que possibilitam a reparação por danos decorrentes de um processo injusto. Cabe, contudo, ressaltar que a exposição demasiada desta classe profissional ao risco e aos custos de um processo judicial sem fundamentos onera todo o sistema de saúde, pois faz com que os profissionais, cada vez mais, se recusem a trabalhar em áreas mais propensas a complicações (especialidades de emergência, cirúrgicas, ortopédicas e obstétricas). Assim também, induz muitos médicos a não aceitarem trabalhar em locais que não disponham de recursos tecnológicos avançados, mesmo quando o objetivo seria o de prestar uma atenção básica inicial. Isto ocorre porque os exames complementares já não são encarados apenas como meios de diagnóstico, mas passaram a representar também prova da conduta correta do profissional. Cabe também lembrar que o excesso de demandas abusivas acabam por abarrotar o Poder Judiciário, comprometendo a celeridade da

jurisdição e em consequência impedindo o acesso à justiça para àqueles que realmente tem direitos que precisam ser tutelados pelo Estado.

O tema do presente trabalho versa sobre a possibilidade de reparação por danos morais e materiais cometidos pelo paciente contra seu médico ao promover um processo judicial abusivo, identificando as situações em que os danos ocorrem e se estes danos estão amparados pelo instituto da responsabilidade civil, tendo como parâmetro o princípio vetor da boa-fé que deve amparar todas as relações contratuais. Partindo deste paradigma, esta dissertação pretende identificar as situações em que um paciente, ao mover uma ação judicial contra seu médico, falta com o dever da boa-fé processual, exercendo um abuso de direito de ação, movido por revolta, mero capricho ou interesse em obter uma vantagem econômica indevida e, nestes casos, detectar em que situações cabe o ressarcimento dos danos gerados ao médico por uma lide temerária.

A metodologia a ser empregada no desenvolvimento desses assuntos envolve, principalmente, o método dedutivo, uma vez que se buscará em princípios já assentados a resolução de problemas concretos.

## 2 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O cantor e compositor Gilberto Gil, acometido nos últimos anos por uma doença renal crônica, passou recentemente por vários procedimentos médicos que incluíram intervenções invasivas, dentre elas, uma biópsia cardíaca. Embora a beleza de sua poesia já não fosse novidade para o mundo, Gil sensibilizou a todos, especialmente à classe médica, com a seguinte canção composta em homenagem à Dra. Roberta Saretta, cardiologista do Hospital Sírio Libanês, que solicitou o exame:

Ela mandou arrancar quatro pedacinhos do meu coração  
 Depois mandou examinar os quatro pedacinhos  
 Um para saber se há um depósito de proteínas esquisitas lá  
 Um para saber se as pequeninas são assassinas e podem matar  
 Um para saber se estou curado com os remédios que ela me deu  
 Um pra saber se estou errado de ter juntado meu destino ao seu  
 Ela mandou arrancar quatro pedacinhos do meu coração  
 Depois mandou examinar os quatro pedacinhos  
 Um para saber se eu tenho medo  
 Um pra saber se eu tenho dor  
 Um para saber os meus segredos  
 Um para saber se eu sinto amor.<sup>1</sup>

Contrariando o paradigma da autonomia que rege as relações privadas e que constitui um dos pilares da Bioética, o artista, demonstrando total entrega e resignação, mas sobretudo confiança, finaliza: “Ela é médica e pode tirar o que quiser de mim”.<sup>1</sup>

Em tempos de modernidade líquida<sup>2</sup>, onde os vínculos são frágeis e passageiros, uma relação médico-paciente nestes moldes é cada vez mais rara. Pelo contrário, o paciente está cada vez mais exigente no que diz respeito ao seu direito de informação e tendente a não aceitar com tanta pacificidade as condutas determinadas pelos médicos. Hoje, o paciente não tem mais uma postura inativa frente ao diagnóstico. Pelo contrário, busca conhecer as causas, sintomas e tratamento através dos meios de comunicação, principalmente da internet.<sup>3</sup>

Mas não são apenas os avanços da autonomia impulsionados no contexto da democracia que proporcionaram esta suposta independência do paciente (já que

<sup>1</sup>GIL, Gilberto. Entrevista e Música inédita composta pelo autor. **Revista Eletrônica Coração e Vida**.

<sup>2</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 13-16.

<sup>3</sup>ROCHA, Bruno; GAZIN, Caio; PASETTO, Camila; SIMÕES, João Carlos. **Relação Médico Paciente. Revista do Médico Residente**. 2011. Disponível em <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/viewFile/8/13>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

afinal ele precisa da prestação do serviço). Também são fatores preponderantes a despersonalização do vínculo, surgido com a intermediação da mão de obra médica e os avanços científicos que criaram diversos recursos tecnológicos e uma medicina dividida em especialidades, limitando o conhecimento da integralidade física e psíquica do paciente. Gilberto Gil, através de sua canção, sublimou o interesse científico que certamente estaria focado no resultado anatomopatológico das biópsias realizadas no seu coração e transcendeu a uma situação ideal, em que o médico estaria interessado em conhecer os sentimentos de seu paciente. Infelizmente os sentimentos não são revelados em um exame de imagem ou através das lentes de um microscópio, mas sim através de laços de confiança que devem ser recíprocos, é necessário lembrar.

Por outro lado os médicos, acostumados a serem os donos do conhecimento e ao poder que este conhecimento traz, por muito tempo se sentiram capazes de enfrentar sobrecargas de serviços, locais de trabalho com péssima estrutura físico-funcional e remunerações nem sempre condizentes com suas responsabilidades. Contudo, nos últimos anos, os profissionais passaram a se deparar como um problema até então inusitado: os médicos perderam a admiração e o respeito incondicionais que anteriormente desfrutavam em face à sociedade. A máxima do “Deus no céu e o médico na terra” já não é mais uma constante, ao revés, se o paciente fica curado, isto ocorreu graças à bondade divina, mas se morre ou fica lesado, a responsabilidade é imediatamente atribuída ao médico, a quem a mídia e os governos brasileiros vem imputando a culpa pelo caos no sistema de saúde.

Grande parte da classe médica está atordoada, desmotivada e já atua de forma defensiva.<sup>4</sup> A relação adoce e as consequências são generalizadas, ultrapassam a esfera individual, podendo gerar consequências para qualquer pessoa, pois certamente não há quem seja imune de vir um dia a estar na condição de paciente (situação que atingirá em algum momento inclusive os que hoje estão na posição de médicos). Na tentativa de entender como as coisas chegaram a este ponto, veremos a seguir a evolução histórica desta tão delicada relação.

---

<sup>4</sup> MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lázaro. Medicina defensiva: uma prática necessária? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgia**. Vol. 40, N°. 6 (Ano 2013). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v40n6/13.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

## 2.1 HISTÓRICO DAS RELAÇÕES: ENTRE O MÉDICO E O MONSTRO

Em 1972, o professor, Robert Veatch, do Instituto Kennedy de Ética da Universidade Georgetown, definiu quatro modelos de relação médico-paciente. O Modelo Sacerdotal ancora-se na tradição hipocrática, sendo o mais tradicional. Em nome da Beneficência, a conduta do médico não leva em conta os desejos, crenças ou opiniões do paciente, assumindo um postura paternalista, repleta de autoridade e poder. O processo de tomada de decisão é de baixo envolvimento, pois há uma relação de dominação por parte do médico e de submissão por parte do paciente. Já no Modelo Engenheiro, o autor coloca todo o poder de decisão no paciente, que é visto como um cliente que demanda uma prestação de serviços médicos. O médico assume o papel de transferidor de informações e executor das ações solicitadas pelo paciente. O Modelo Colegial não diferencia os papéis do médico e do paciente no contexto da sua relação. Não existe a caracterização da autoridade do médico como profissional, e o poder é compartilhado de forma igualitária. O Modelo Contratualista, por fim, preconiza que o médico deve manter sua autoridade, visto ser ele o titular de conhecimentos e habilidades específicas, apropriando-se da responsabilidade pela tomada de decisões técnicas. O paciente colabora ativamente no processo de tomada de decisões, desempenhando seu poder de acordo com seu modo de vida e valores morais e pessoais, em um ambiente de permanente, recíproca e necessária troca de informações, estabelecendo uma íntima relação de confiança, afeição e credibilidade entre paciente e médico. Segundo o autor citado, o Modelo Contratualista parece ser o modelo ideal da relação médico-paciente.<sup>5</sup>

O presente trabalho tem a pretensão de ultrapassar os modelos teóricos referidos acima, amplamente conhecidos pela bioética, que buscaram classificar ao longo do tempo a relação médico-paciente. Importa-nos contribuir dissertando sobre a maneira que a figura do médico tem sido vista pelas pessoas em geral e como ele próprio se vê. Cumpre-nos, contudo, admitir que há aqui um “lugar de fala” específico, qual seja, o lugar de uma acadêmica de Direito que é também uma médica com 27 anos de formada. Cuidamos, contudo, de procurar diminuir a

---

<sup>5</sup> VEATCH, Robert *apud* MOREIRA FILHO, José Roberto. Relação Médico Paciente. **Revista Jus Navigandi**. Mar. 2002, a. 7, n. 55, 1. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2745>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

subjetividade (presente em qualquer discurso), através da fundamentação bibliográfica dos dados apresentados neste tópico.

A relação médico-paciente vem passando por muitas mudanças ao longo dos anos. No início dos tempos, a imagem do médico estava intimamente relacionada ao aspecto religioso, sendo visto de maneira sobrenatural, como um sacerdote, feiticeiro ou pajé, promovido portanto à condição de um “ser superior” em relação ao paciente.

Na verdade, abstrações sobre o caráter do médico permeiam o imaginário popular desde que o mundo é mundo. Basta lembrar, que a dissecação de cadáveres para o aprendizado, era um considerado um sacrilégio e por este motivo os primeiros anatomistas eram considerados, em sua época, verdadeiros contraventores. Vale ressaltar que no início da história da Medicina os procedimentos cirúrgicos eram realizados sem qualquer anestesia ou assepsia. Os médicos atuavam como verdadeiros artistas no picadeiro, vestidos a rigor, com fraques e gravatas, cercado de curiosos que iriam testemunhar a tentativa de curar o paciente, que na maior parte das vezes significava um verdadeiro martírio. Obviamente, muitos destes procedimentos terminavam de maneira trágica. Os melhores médicos eram portanto, os mais rápidos, mais habilidosos e mais impulsivos, com audácia suficiente para compactuar com os riscos dos procedimentos.

Não há como negar que a mesma índole que aceita o risco é aquela que menospreza os limites, sendo inexorável a associação da figura do médico com a do monstro, capaz de realizar com frieza atos equivalentes à tortura. É preciso salientar que nos primórdios da Medicina, muitos médicos realizavam procedimentos como uma última tentativa de salvar uma vida, mas é forçoso admitir que cenas dantescas aconteciam neste ínterim, demonstrando, quiçá, um certo toque de perversidade no caráter dos primeiros esculápios. Esta característica se manifestou também através das atrocidades cometidas pelos médicos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

O livro “O Médico e o Monstro” (The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde)<sup>6</sup>, do escritor escocês Robert Louis Stevenson, publicado pela primeira vez em 1886, narra a história do médico que concebe, através de experimentos químicos, uma

---

<sup>6</sup> STEVENSON, Robert Louis. **O Médico e o Monstro**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

forma de separar sua parte civilizada da primitiva, ou seja, seu lado bom do mau. O profissional faz investigações científicas para entender as motivações e os sentimentos humanos e termina por desenvolver uma droga que liberta seus elementos mais bárbaros. Por recear experimentar o preparado em outras pessoas, o médico usa a si mesmo como cobaia, passando a adotar a forma de Mr. Hyde (do verbo inglês *hide* que significa, em português, esconder ou ocultar). Se por um lado, Dr. Jekyll é um médico instruído e voltado a pesquisas que têm como objetivo o bem-estar geral das pessoas, por outro lado a “monstruosidade” de Mr. Hyde está, fundamentalmente, em sua devoção aos prazeres e à luxúria por quaisquer meios, inclusive a força física. A famosa obra de Stevenson traz a alegoria do personagem médico que se transforma em um monstro assassino, estabelecendo um paradoxo entre o profissional que se denota pela luta contra a morte e a e o criminoso que destrói vidas.

O “O Médico e o Monstro” é o instituidor da categoria literária da ficção científica ao lado de Frankenstein<sup>7</sup> ou O Prometeu Moderno” (1818), de Mary Shelley. Todos os “cientistas loucos” que vieram posteriormente tem semelhanças com os doutores Frankenstein e Jekyll. Estas obras foram diversas vezes adaptadas para o teatro, cinema e televisão em todo o mundo.

O Titã Prometeu, entidade da mitologia grega conhecido por sua perspicácia e inteligência, foi o responsável por roubar o fogo dos deuses e entregá-lo aos mortais, livrando os humanos da fome e da escuridão. Prometeu era, por este motivo, visto como um defensor da humanidade. Zeus, O Rei dos Deuses, por temer que os mortais ficassem tão poderosos quanto as próprias divindades, teria então punido Prometeu por esta ousadia, deixando-o amarrado a uma rocha no topo do Monte Cáucaso enquanto uma grande águia comia seu fígado, que se regenerava no dia seguinte. Estaria o Titã condenado portanto a um sofrimento eterno, não tivesse sido posteriormente libertado por Hércules, também personagem da mitologia greco-romana.

Não foi por outro motivo que Mary Shelley em seu livro mais famoso atribuiu a Victor Frankenstein a designação de “Prometeu Moderno” como arremate ao título de sua obra. Da mesma maneira que o Titã Mitológico, o Dr. Frankenstein se apoderou de

---

<sup>7</sup> SHELLEY, Mary. **Frankenstein**. São Paulo: Darkside, 2017.

um dos maiores segredos, algo que desafia a humanidade desde o seu princípio, qual seja, o mistério que separa a vida da morte. Neste sentido, afrontou a ordem natural das coisas, realizando o que antes era inconcebível: conceder vida a um corpo inanimado. Mas assim como Prometeu, Victor também pagou muito caro por sua audácia. Deste ponto em diante, a obra gira em torno da rivalidade e do enfrentamento entre Victor e sua criatura, que se envolvem em uma relação de amor e ódio, como a de um pai que despreza seu filho e um filho que, em busca da valorização desse pai, é capaz das piores crueldades. O médico percebe então que se tornou responsável por todos os atos de sua criatura e sente o peso de ter se utilizado da ciência sem as devidas ponderações éticas. O feito científico não pode ser realizado apenas pela demonstração do conhecimento, sem considerar as consequências de tal proeza para a humanidade.

Com os avanços da ciência, melhoram os resultados obtidos com os tratamentos propostos e muitas vidas passam a ser salvas. É o momento em que o médico, antes um violador, passa a ser reconhecido como herói. Na verdade a outra face da mesma moeda, pois herói é aquele que ultrapassa os obstáculos, enfrenta as dificuldades e consegue atingir um alvo, um benefício, que no caso é salvar vidas. O herói é o transgressor que deu certo, que canalizou suas pulsões em prol de algo útil à sociedade. Vale lembrar que os heróis, reais ou imaginários, inúmeras vezes são pessoas indignadas e atormentadas por algum evento que marcou suas vidas.

Neste passo, permanece a ideia de que o médico é detentor de poderes sobrenaturais, estando apto a curar qualquer doença e a viver de forma abnegada, como se não precisasse comer, dormir, descansar, pagar suas contas, ter relacionamentos pessoais ou sentimentos e desejos próprios. O médico é visto ainda como um sacerdote ou super-herói, que por um desígnio superior é colocado como mediador do fenômeno da cura ou da morte. A sociedade passa a exigir do médico uma dedicação monástica. Essa exigência é coerente com o entendimento de que saúde e da doença estão relacionadas a uma bênção ou castigo divinos. Cabe registrar que este suposto compromisso de sacerdócio não está - nem nunca esteve - presente no Juramento de Hipócrates.

Com o decorrer dos anos o vínculo entre o profissional e o doente, antes distante, passa a ser próximo e cuidadoso. Surge o médico de cabeceira, o médico amigo, que compartilha alegrias e tristezas e acompanha a vida das famílias. O médico

adquire uma postura paternalista, sua palavra é uma ordem, suas prescrições são seguidas, seus desígnios são inquestionáveis pois todos acreditam que o médico sabe o que é o melhor para o seu paciente. O médico passa a ser um referencial de sabedoria, dignidade, altruísmo, sempre disposto a atender quem precisa. Alguns chegam a ser tomados como verdadeiras autoridades em suas cidades (principalmente em pequenas localidades) e alguns se envolvem com a política.

Por óbvio, esta hegemonia do médico na relação com o paciente vem diminuindo ao longo do tempo. Alguns fatores precisam ser considerados e reputamos como mais importantes a valorização da autonomia privada, dentro do contexto constitucional democrático (poder de dispor dos seus direitos subjetivos e se auto reger, dentro dos limites da lei) e a mercantilização do trabalho do médico, marcado pelo surgimento dos planos e operadoras de saúde como intermediadores da relação médico-paciente.

A situação do médicos diante do mercado de trabalho tem enfrentado mudanças extremas. Atualmente, os serviços de saúde são parte do sistema produtivo e orientados, predominantemente, pelo modelo econômico neoliberal. Pela lógica capitalista, em que a saúde e particularmente a doença se tornam mercadorias, contempla-se a crescente proletarização dos profissionais e precarização do trabalho. Mecanismos instáveis de contratação e vínculos frágeis dos trabalhadores com os empregadores resultam em maior vulnerabilidade desta classe profissional, ocasionada pela perdas de direitos e da proteção ao trabalhador. Ocorrem também dificuldades crescentes relacionadas à deficiência de infraestrutura, especialmente nos serviços públicos sucateados e sem garantia de acesso à hierarquização do cuidado. As dificuldades nas relações dos profissionais com os pacientes são exacerbadas pela necessidade de improvisos e tomada de decisões eticamente difíceis para transpor deficiências nos serviços de saúde. Os profissionais convivem com injustiças sociais, com o sofrimento e morte de pessoas sob sua responsabilidade. Por outro lado, constrangidos pelas inovações tecnológicas, ocorre uma grande imposição de desempenho e qualidade, onerados pela redução do reconhecimento social e da renda.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> DIAS, Elizabeth Costa. Condições de trabalho e saúde dos médicos: uma questão negligenciada e um desafio para a Associação Nacional de Medicina do Trabalho. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. Vol. 13, N° 2 (Ano 2015). Disponível em:

Os efeitos das condições de trabalho sobre a saúde dos médicos se manifestam de através de sinais e sintomas de intensidades diversas, desde queixas de lombalgia, maior prevalência de varizes de membros inferiores, dores musculo esqueléticas nos membros superiores, quadros graves de dermatose (decorrentes da alergia ao látex e aditivos químicos), aumento do índice de abortamento espontâneo em médicas quando comparadas com grupos semelhantes de mulheres em idade fértil, entre outros.<sup>9 10</sup>

Cabe destacar também que cotidianamente são publicados nas mídias tradicionais e nas redes sociais relatos de agressões e de violência física e moral contra os médicos, cometidas por usuários dos serviços de saúde e seus familiares. Assim também, importa salientar que os médicos estão expostos habitualmente a fatores de risco físicos, químicos, biológicos e psicossociais que provocam sobrecarga física, cognitiva e afetiva, por vezes intolerável para os profissionais, gerando adoecimento, sofrimento e baixa satisfação profissional. Não menos estarrecedor é a constatação de que os médicos se suicidam cinco vezes mais que a população geral e são mais vulneráveis na faixa etária de 35 a 50 anos.<sup>11</sup> Os médicos também apresentam maiores taxas de divórcio e de uso de drogas psicoativas, quando comparados a outros grupos semelhantes na população geral.<sup>12</sup>

Engana-se quem acredita que os profissionais médicos se submetem a todas estas condições adversas em troca de excelente remuneração. Também faz parte do senso comum, a ideia de que o médico é um profissional sempre muito bem sucedido e remunerado regiamente, de maneira a poder viver uma vida Hollywoodiana, cercado de luxo e glamour.

Muito longe desta fantasia, o último levantamento demográfico realizado pelo

---

<[http://www.anamt.org.br/site/upload\\_arquivos/rbmt\\_volume\\_13\\_n%C2%BA\\_2\\_29320161548207055475.pdf](http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/rbmt_volume_13_n%C2%BA_2_29320161548207055475.pdf)>. Acesso em: 01 mai. 2017.

<sup>9</sup> NEVES, Bárbara Silva; PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Perfil Epidemiológico e Ocupacional dos Anestesiologistas Inseridos no Mercado de Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2010. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Vol. 62, N° 2 (Ano 2012). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rba/v62n5/v62n5a02.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

<sup>10</sup> BROTTTO, Tulio Cezar de Aguiar; DALBELLO-ARAÚJO, Maristela. É inerente ao trabalho em saúde o adoecimento de seu trabalhador? **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. Vol. 37, N° 126 (Ano 2012). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n126/a11v37n126.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

<sup>11</sup> DIAS, Elizabeth Costa. *Op.cit.*

<sup>12</sup> HAWTON, K; CLEMENTS, A; SAKAROVITCH, C; SIMKINS, S, DEEKS, JJ. Suicide in doctors: a study of risk according to gender, seniority and specialty in medical practitioners in England and Wales, 1979- 1995. **Journal of Epidemiology & Community Health**. Vol 55 N° 5 (Ano 2001). Disponível em: <<http://jech.bmj.com/content/55/5/296>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

Conselho Federal de Medicina demonstrou que apenas 22% dos médicos brasileiros têm uma única relação de trabalho. Os demais profissionais têm, em geral, múltiplos vínculos, sendo que 48,5% dos médicos possuem três ou mais. O mesmo estudo demonstrou que 20% dos médicos recebem remuneração de até R\$ 8 mil; 22,3% ganham entre R\$ 8 mil e R\$ 12 mil; 20,1% ganham entre R\$ 12 mil e R\$ 16 mil; e apenas 13,4% dos profissionais recebem valores acima de R\$ 24 mil. Ressalte-se que estes valores são amealhados em várias jornadas de múltiplos vínculos, com condições de trabalho na maior parte das vezes desfavoráveis, como já relatado.<sup>13</sup> Certamente a remuneração do médico ultrapassa àquela que a grande maioria da população brasileira consegue auferir, contudo permanece muito longe do delírio daqueles que acreditam que os médicos desfrutam uma vida suntuosa, e em consequência poderiam arcar com indenizações vultuosas nas ações de responsabilidade civil.

Como exposto, a categoria médica vem passando por muitos percalços ao longo dos anos, contudo a Medicina ainda é uma das profissões mais procuradas, com processos seletivos para ingresso nas faculdades dos mais concorridos pelo mundo afora. Por óbvio, os alunos que são capazes de conseguir uma destas vagas tão disputadas seriam também qualificados para obter aprovação em qualquer outro curso. O estudante de Medicina faz sacrifícios muito maiores que o de qualquer outra profissão, bastando para isso comparar a carga horária mínima do curso de Medicina, que é 7.200 horas, com a do curso de Direito (por exemplo), que é de 3.700 horas. O aluno de medicina enfrenta plantões, afastamento da vida social e familiar, estando mais susceptível a doenças físicas e mentais que qualquer outro estudante de sua faixa etária. Com todas as dificuldades e todo o investimento necessário, raros são os casos de abandono do curso, assim como muitos poucos médicos desistem de sua profissão. O que poderia explicar esta constatação?

Retomo a lenda do Prometeu: O médico é aquele que desafia o mistério que separa a vida da morte. Sempre haverá na pessoa do médico algo de heroico e divino, por

---

<sup>13</sup> SCHEFFER, M. et al. **Demografia Médica no Brasil 2015**. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da USP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Conselho Federal de Medicina. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index10/?numero=12>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

que assim é o ofício de salvar vidas. Aqueles que tem a vocação para cuidar e o desejo de curar não conseguem se afastar desta profissão que é mistura de arte e ciência, mas também símbolo de poder. Vejamos o discurso da Professora do Eixo Ético-Humanístico da Faculdade de Medicina da Bahia, Camila Vasconcelos, na Abertura da Programação Científica da Sociedade de Anestesiologia do Estado da Bahia – SAEB:

Se vocês não necessitam mais dos atavios de um poder imaginário, não é que vocês têm o poder real, o da força, como diz Pascal, é que vocês têm o poder do saber: a medicina, e desde há bem pouco tempo, como vocês sabem, tornou-se científica. Mas o saber é um poder? E, se for, que relações ele mantém com os demais poderes? [...] E é neste sentido que iniciamos nossa reflexão, discutindo a desnecessidade de imposição de poder, recheado ou não de atavios. Ou melhor: a desnecessidade do poder. Ou será impossível torná-lo desnecessário? De todo modo têm, os médicos, o maior dos poderes próprios ao exercício da ciência médica: a própria medicina, em seu saber.<sup>14</sup>

O médico é aquele conhece a intimidade e os segredos das outras pessoas, que passa pelas portas onde há placas de acesso proibido, que prescreve condutas e tratamentos que interferem na rotina e na vontade da pessoas, corta, costura, invade as entranhas de seus semelhantes, tudo isto com autorização legal pois é detentor de um conhecimento muito específico e privilegiado que gera poder, mesmo diante do princípio da autonomia. Este poder pode ser uma faca de dois gumes, como todo poder assim é. A mesma ferramenta que cuida é a arma que pode ferir, o mesmo conhecimento que salva pode ser instrumento de manipulação e enganação, visando obter vantagens ilícitas ou antiéticas, pois também existem médicos medíocres, gananciosos e com desvios de conduta como acontece em qualquer profissão.

Ocorre que todo poder também gera assombro e em consequência muita ilusão. Sempre haverá uma dualidade, ou até mesmo uma multiplicidade de sentimentos em ebulição na relação entre os médicos e seus pacientes. Por uma lado há um ser humano no auge de sua fragilidade física e psíquica (pois está doente), com sentimentos que vão da admiração à decepção, da esperança ao desespero, da confiança à desconfiança, da submissão à revolta, do amor ao ódio. Do outro lado também há outro ser humano, profissional na maior parte das vezes vocacionado,

---

<sup>14</sup> VASCONCELOS, Camila. Medicina, ética e humanismo. **Revista Bahianest**. Vol VI, N° 2 (Ano 2012). Disponível em: <[http://www.saeb.org.br/revistas/arquivos/2012\\_maio.pdf](http://www.saeb.org.br/revistas/arquivos/2012_maio.pdf)>. Acesso em 01 mai. 2017.

porém oprimido pelas péssimas condições de trabalho, pela quebra de confiança na relação e pelas perspectivas irreais que recaem sobre seu trabalho e sua pessoa. Resta-nos reconhecer que tais expectativas fantasiosas estão também, algumas vezes, no olhar e no sentir do próprio médico sobre si mesmo.

Esta é a extensão assustadora do problema, e a explosão de demandas judiciais contra a categoria médica nada mais é do que um reflexo deste contexto. No âmbito dos relacionamentos é que as pessoas são feridas e somente nesta dimensão podem ser curadas. A categoria médica e a sociedade precisam repensar a importância da restauração do vínculo que os interliga, numa relação onde a dependência é incontestável, pois não há saúde sem médicos, nem médicos sem pessoas que precisem de seu cuidado e conhecimento. Um olhar mais compassivo da sociedade sobre a classe médica, reconhecendo na categoria a legitimidade do desejo de poder exercer sua vocação com dignidade e ao mesmo tempo aceitando os limites de sua técnica seriam muito bem-vindos. É necessário também compreender que o poder do saber do médico não é diferente do poder do saber que tem outros profissionais, na medida em que dominam conhecimentos específicos, sendo necessário desmistificar o olhar da sociedade sobre estes supostos superpoderes. Por outro lado, também os médicos precisam reconhecer seus próprios limites e sua margem de culpa na deterioração dos relacionamentos com seus pacientes e com seus colegas, retomando sua participação na política e nos movimentos de classe em prol da defesa de melhores condições para o exercício de sua profissão. Não há outro mecanismo capaz de permitir que o médico possa oferecer seus serviços de forma mais humanizada, diminuindo os erros e principalmente a insatisfação de seus pacientes.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A compreensão da natureza jurídica de um instituto do Direito abrange a definição de sua essência e a atividade lógica de classificação pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de categorias existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTR, 2016, p. 74.

Não há consenso sobre a natureza jurídica da relação-médico paciente. Atualmente a maior parte da doutrina e jurisprudência reconhecem que este vínculo se adequa às características de uma relação jurídica contratual de consumo. Contudo, ainda remanesce, de maneira minoritária, o entendimento de que a relação tem natureza jurídica *sui generis*, de contrato atípico, em face da especificidade e complexidade da ligação que se estabelece entre o profissional e o seu paciente.

### 2.2.1 Natureza de Relação Jurídica Contratual de Consumo

A natureza jurídica da relação médico-paciente é objeto de atenção da maioria dos autores que estudam o instituto jurídico da responsabilidade civil principalmente os que se aprofundam na responsabilidade médica, havendo divergência de entendimento em relação ao tema.

Parte da doutrina defende ser a responsabilidade médica sempre contratual, fundamentada no fato de que o paciente (ou alguém que o represente), ao procurar o profissional da saúde, e este, ao aceitar tratá-lo, celebram um negócio jurídico. Este entendimento encontra respaldo na idéia de que o contrato de prestação de serviços médicos não exige formalidade, podendo ser verbal ou até tácito, e se aperfeiçoa com o acordo de vontades entre pessoas capazes, vez que o objeto, em regra, é lícito. O artigo 104 do Código Civil rege a matéria, determinando que “a validade do ato jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado, ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.”

Caio Mário da Silva Pereira, concorda com este primeiro posicionamento, afirmando que apesar da responsabilidade médica estar inserida no Código Civil Brasileiro entre os dispositivos que configuram responsabilidade aquiliana, na verdade se trata de responsabilidade contratual.<sup>16</sup>

Na mesma esteira, Carlos Roberto Gonçalves afirma que hoje não mais existem dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 150.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265.

Na literatura jurídica moderna, não há doutrina que sustente ser a relação médico-paciente somente de origem extracontratual, porém uma segunda corrente afirma que o vínculo em questão é contratual apenas como regra. É o que defende Maria Helena Diniz, admitindo eventualmente a responsabilidade extranegocial do instituto:

Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. O médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente.<sup>18</sup>

Miguel Kfourri Neto, afirma que apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais existem controvérsias de que esta seja em regra contratual, podendo existir situações que não tenham origem no contrato, como por exemplo, quando o médico atende alguém desmaiado na rua.<sup>19</sup>

Para Sergio Cavalieri Filho:

A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como, por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender o paciente nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, etc. Há, ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receitam tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente etc.<sup>20</sup>

Segundo Márcio Roberto Harger, a maioria da doutrina acredita ser negocial o vínculo médico-paciente bastando que estejam presentes os requisitos do artigo 82 do Código Civil de 1916 (que corresponde ao artigo 104 do Código Civil de 2012, vigente), somados com a manifestação da vontade. Fato jurídico é todo o acontecimento que tenha repercussão no mundo do Direito, sendo de origem humana ou não. Já o ato jurídico é o fato jurídico que tenha sua origem na conduta

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 712.

<sup>19</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83.

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 272.

de uma pessoa, natural ou jurídica. Negócio jurídico é o ato jurídico que resultou da manifestação da autonomia da vontade, livremente manifestada, aqui se ajustando perfeitamente a relação médico-paciente, quando ela for pactuada em caráter eletivo. O problema está nas situações em que o paciente vem a ser atendido sem que tenha externado sua vontade, como aquele que chega inconsciente ao hospital, trazido por populares; ou, ainda, o quando se nega a ser tratado, como o suicida ou o religioso da Testemunha de Jeová que necessita do uso de derivados de sangue. Neste casos inexistente a manifestação da vontade. Em outros casos, o ato não cumpre os requisitos de existência ou validade do negócio jurídico, como na situação em que um menor de dezesseis anos procura o médico e vem a ser atendido, não restando cumprida a exigência da capacidade do agente para a validade do ato. Assim também, quando o pacto entre cliente e profissional tiver por objeto um trabalho ilícito (interrupção de uma gravidez fora dos casos autorizados em lei; transplante de órgão em desacordo com a Lei 9.434/97). Nestas situações, ao contrário das primeiras, a responsabilidade civil do médico somente será aquiliana ou extra negocial. No que se refere tão somente à culpabilidade, é indiferente ser o vínculo contratual ou extracontratual. Contudo, existem aspectos outros, esquecidos pela doutrina. Nos casos em que faltar qualquer um dos pressupostos do negócio jurídico, este será inexistente, ou inválido, e estará afastada a tutela do Código de Defesa do Consumidor, visto que a relação de consumo se estabelece sempre através de um contrato bilateral oneroso.<sup>21</sup>

A relação jurídica de consumo está definida na Lei 8.078/90 – CDC e se estabelece tendo como objeto uma prestação de serviço ou entrega de um produto, quando existe em um polo da relação um consumidor e no outro, um fornecedor. A própria norma trás o conceito de consumidor no seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Já o conceito de fornecedor está prescrito no artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. A definição dos termos produto e serviço

---

<sup>21</sup> HARGER, Márcio Roberto. **A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12787-12788-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2016.

encontra-se respectivamente nos parágrafos primeiro e segundo deste mesmo artigo: “§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; “§ 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”.

Observando-se a legislação acima citada, vislumbra-se a correspondência da figura do paciente à definição de consumidor e do médico ao conceito de fornecedor de serviços. Da mesma forma, o atendimento médico corresponde a um serviço prestado.

No Brasil, doutrina e jurisprudência majoritárias qualificam a relação médico-paciente como relação de consumo, muito embora a única referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor tenha o objetivo, justamente de afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades. É o que preconiza o artigo 14, parágrafo 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”<sup>22</sup>

Destaca-se que, sendo o vínculo de consumo, o paciente poderá exigir do profissional da saúde todos os direitos elencados no CDC, como os do artigo 6º (Direitos Básicos do Consumidor), onde se encontra o importante instituto da inversão do ônus da prova: 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.

Cabe registrar que o parágrafo terceiro do artigo 14 do CDC (que trata das excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviços), preconiza a inversão do ônus da prova para o fornecedor, em caráter *ope legis* (que por força legal é de reconhecimento obrigatório pelo juiz), em face da ocorrência de defeito nas hipóteses de acidente no fornecimento de serviços: “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. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo

---

<sup>22</sup> NUNES DE SOUZA, Eduardo. **Do Erro À Culpa na Responsabilidade Civil do Médico – Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 67-68.

prestado o serviço, o defeito inexistente; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Ocorre que grande parte dos casos de responsabilidade civil do médico se enquadra na hipótese de acidente de consumo, ou seja, ocorrência de danos produzidos pelo serviço prestado. Diante deste dispositivo, vem acontecendo na prática uma espécie de inversão automática do ônus da prova contra o profissional, sem se questionar a presença de verossimilhança ou da hipossuficiência (critérios ditos *ope iudicis*). Desta maneira, compactuou-se, em farta jurisprudência, que a relação médico-paciente configura relação de consumo e que esta deve implicar, sempre ou quase sempre, na inversão do ônus probatório da culpa para o profissional liberal (fornecedor).<sup>23</sup>

### 2.2.1 Natureza Jurídica Sui Gêneris

Embora a doutrina e jurisprudência majoritárias afirmem que a natureza jurídica da relação celebrada entre o médico e o paciente é de contrato de consumo, este entendimento não é unânime. Para Sergio Cavaliere Filho, há divergência doutrinária sobre o tema, pois alguns juristas entendem que o vínculo ocorre através de um contrato *sui Gêneris* (contrato atípico), uma vez que o médico não se limita a prestar serviços apenas técnicos, mas atuando também na função de conselheiro, guarda e protetor dos paciente e de seus familiares, conforme orientação adotada pelos códigos da Suíça e da Alemanha.<sup>24</sup>

O Código de Ética Médica, instituído pela Resolução nº. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, estabelece no seu Capítulo I – Princípios Fundamentais, inciso IX, que “a Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Assim também, o inciso XX determina que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. O direcionamento firmado pelo CFM é perfeitamente compatível com as diretrizes fundantes do regramento ético da profissão, que preconiza, no inciso I, que “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”. Neste mesmo sentido, logo em seguida, o inciso II institui que “o alvo de toda a atenção do

---

<sup>23</sup> NUNES DE SOUZA, Eduardo. *Op.cit.*, p. 75-76.

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 431.

médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Observa-se nos dispositivos acima que a profissão, ao menos no seu ponto de vista deontológico, em nada se assemelha a uma cadeia produtiva. Pelo contrário, o vínculo deverá se estabelecer *intuito personae*, sem a lógica de produção ou venda em larga escala que caracteriza as relações de consumo. Sendo cada paciente único, com suas características biológicas, psicológicas e sociais peculiares, é óbvio que o planejamento terapêutico deverá abarcar uma compreensão sistêmica do indivíduo, considerar todos os fatores de risco porventura existentes e todas as possibilidades de efeitos colaterais e complicações previsíveis de acordo com a literatura médica, resultando em uma proposta terapêutica construída de maneira adequada a cada caso. Além do mais, ainda que todas as diligências tenham sido realizadas sob a ótica da “Medicina Baseada em Evidências”, efeitos e reações imprevisíveis poderão acontecer em face da singularidade de cada ser humano, cabendo ao médico intervir, de imediato, independentemente de qualquer autorização ou contrato prévios, inclusive no que diz respeito à cobertura de seus honorários. Em síntese, o atuar do médico é singular, específico para cada caso, que não pode ser barateado através de uma produção em larga escala de modo que seja possível criar um lastro econômico para o enfrentamento dos riscos da responsabilidade de um fornecedor comum.

Neste sentido, é necessário ressaltar que o artigo 3º, § 2º do CDD define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo (grifo nosso), mediante remuneração...” Por outro lado, o Código de Ética Médica proíbe o médico de fazer propagandas, captar clientes, ser proprietário de farmácias, óticas, ter participação no lucro das vendas dos remédios, órteses e próteses que prescreve, entre outros.

É necessário admitir que nem sempre a prestação do serviço médico ocorre de forma ideal, haja visto a precarização das relações trabalhistas dos médicos através do fenômeno da “pejotização”, as péssimas condições de trabalho, os honorários aviltantes pagos pelos convênios e pelo SUS. Estas condições inclinam o profissional a se submeter a uma carga extenuante de trabalho, aumentando os riscos de uma prestação inadequada. Estes fatores, embora reais, não podem servir de justificativa para um atendimento em escala de produção, de forma automatizada. Sem sombra de dúvidas, se o profissional assim agir, assumirá para si toda a

responsabilidade em relação aos danos que venham a ser criados para seus pacientes. Se por um lado, o Conselho Federal de Medicina proíbe este tipo de conduta, a aplicação do CDC aos profissionais médicos tem o significado de uma espécie de chancela do mundo jurídico a uma conduta que deveria ser combatida. Afinal, o Código Consumerista foi criado para proteger os vulneráveis no contexto de relação desequilibrada do ponto de vista econômico, onde no outro polo da relação existem agentes que, em regra, historicamente, em prol do lucro, não se constroem de expor as pessoas à desassistência ou ao risco. Por causa deste foco para a lucratividade é que o legislador atribui ao fornecedor uma série de encargos visando o reequilíbrio da relação consumerista. Essas condutas, contudo, em nada coadunam-se com o sentido ético do trabalho médico.

À medida que a doutrina e a jurisprudência vem aplicando o código de defesa do consumidor à relação contratual que se estabelece entre o médico e seus pacientes, admite, implicitamente, que o serviço prestado pelo médico pode ser praticado como uma produção em larga escala, ou seja, que o médico pode atuar com uma ótica mercantilista, como qualquer outro fornecedor. Afinal, não seria justo atribuir ao médico o mesmo tratamento jurídico e os mesmos encargos dados a um fornecedor qualquer, se ele não pode atuar como um fornecedor qualquer. Cabe ressaltar o fato de que esta compreensão que vem sendo adotada na interpretação dos contratos de prestação de serviços médicos está em confronto com a vedação estabelecida pelo CFM, instituição que tem o poder-dever legal de regulamentar e fiscalizar a profissão. O que se deve ter em mente é que nenhum ônus imputado ao médico, para compensar a admissibilidade deste modo de agir, será proporcional ao tamanho do risco e prejuízo causados à sociedade ao se colocar em jogo os mais valiosos de todos os bens jurídicos, quais sejam, a saúde e a vida das pessoas.

Eduardo Nunes de Souza afirma que a lógica imputada pelo CDC vem agravando a responsabilidade do médico. Contudo, é necessário questionar se é realmente cabível a aplicação da mesma disciplina que protege o adquirente de produtos e serviços no mercado de consumo à relação médico-paciente. Na verdade, a tutela privilegiada deve ser equivalente ao grau de vulnerabilidade no contexto de uma relação jurídica concreta. Desta forma, é necessário questionar se o paciente pode ser considerado vulnerável em relação ao médico na mesma medida e pelas mesmas razões que o consumidor em face do fornecedor. O próprio Código de

Defesa do Consumidor, ao afastar a atividade dos profissionais liberais do regime de responsabilidade objetiva que nele está previsto, direcionando o intérprete à responsabilidade com culpa do Código Civil, já sinaliza a resposta negativa. Continua o autor advertindo que a lógica consumerista está relacionada ao potencial danoso dos serviços ofertados no mercado de consumo de massa, enquanto que do outro lado, uma relação estritamente pessoal caracteriza o vínculo entre cliente e profissional liberal. Finalmente pondera que a correlação entre o vínculo médico-paciente e a relação de consumo vem atender, na verdade, à crescente intensificação das expectativas inacabadas sobre a atuação do médico e dos profissionais liberais, como se fosse exequível se esperar o sucesso de seu trabalho em todos os casos, desprezando-se a falibilidade intrínseca destes profissionais, que dispõem apenas do seu conhecimento científico, não contando com uma estrutura que permita a diluição do ônus econômico dessa responsabilização exacerbada no preço dos serviços por eles oferecidos.<sup>25</sup>

Assim também, é este o entendimento contido nas palavras de Genival Veloso de França:

“A falibilidade do médico e da Medicina é inquestionável. É ela aceita pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, principalmente sob os ângulos penal e moral. No entanto, quanto à responsabilidade civil, esta chega a ser quase ilimitada. Os tribunais passaram a entender que a reparação do dano é algo indiscutível. Já afirmaram que, assim como é injusto o médico responder pela falibilidade da ciência ou pela sua própria limitação, mais injusto é deixar o paciente à sua própria sorte, quando, buscando um bem, encontrou um mal. Outros admitem que, da mesma maneira como a sociedade é beneficiada pelo progresso das ciências médicas, essa mesma coletividade deve aceitar as falhas oriundas desse mesmo progresso”<sup>26</sup>

Para finalizar nossa argumentação no sentido de reconhecer que a relação entre os médicos e seus pacientes não pode ser classificada como uma relação de consumo qualquer, trecho do discurso proferido pela Professora Camila Vasconcelos na Abertura da Programação Científica da Sociedade de Anestesiologia do Estado da Bahia – SAEB:

O sofrimento do doente está presente no cotidiano médico, tanto quanto as expectativas por um cuidado solidário à dor. Aproveitando o ensejo, devo sinalizar que não temos “clientes” em um hospital, numa perspectiva de cuidado e dedicação por bons profissionais. Não temos pessoas consumindo atos de dedicação inconsumíveis. Não temos atos consumíveis

---

<sup>25</sup> NUNES DE SOUZA, Eduardo. *Op.cit.*, p. 76-78

<sup>26</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Gen, 2013, p. 278.

sendo consumidos por quem almeja fideducia, cuidado e respeito.<sup>27</sup>

O sofrimento dos pacientes, diante de uma consequência nefasta de uma conduta terapêutica, sem dúvidas tem grande relevância e deve ser protegido juridicamente. A aplicação do CDC, contudo, parece nefasta, principalmente à própria relação entre o médico e paciente, que pelo seu caráter personalíssimo, jamais deveria ser “coisificada”, quer seja pelo profissional, pelo paciente, e muito menos pelas normas jurídicas, que afinal de contas servem para regular as condutas humanas, visando a segurança e a paz social. Ademais, a imposição do CDC à relação estabelecida entre os médicos e seus pacientes aumenta a litigiosidade, estimulando demandas judiciais desnecessárias, infundadas e muitas vezes abusivas, o que é nocivo para a sociedade como um todo.

---

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Camila. *Op.cit.*

### 3 DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A boa-fé é um dos maiores pilares das Direito contemporâneo em todo o mundo, atuando como um princípio vetor que se irradia para os ato jurídicos, direcionando a forma de atuação das partes envolvidas, nos moldes de um padrão aceito por determinada sociedade, em determinado tempo e lugar, como uma conduta leal, proba, transparente e cooperativa. Os ditames da boa-fé são largamente aceitos no sistema jurídico brasileiro, atingindo todo o ordenamento nacional, quer seja no âmbito das relações privadas, onde se originou, como também na esfera pública, alcançando inclusive as relações internacionais. Neste contexto, por óbvio, é um parâmetro que deve ser aplicado largamente no campo das relações jurídicas entre os médicos e seus pacientes.

#### 3.1 CONCEITO DE BOA-FÉ

A expressão "boa-fé" possui origem inicialmente extrajurídica, remontando à sociologia religiosa na invocação da deusa "Fides" na celebração dos negócios, protegendo as partes para que estas viessem a velar pelo seu bom cumprimento, dentro dos preceitos da honestidade, confiança, lealdade e sinceridade.<sup>28</sup>

Conforme Antônio Manuel Cordeiro: "Sendo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. A boa-fé traduz um estágio jus cultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica". Para o autor citado, o entendimento do significado da natureza jus cultural da boa-fé supõe a sua compreensão como criação humana, estabelecida e justificada em fatores históricos. Os juristas romanos almejavam encontrar em inúmeras decisões empíricas, capazes de suscitar consenso e buscar equilíbrio, expressões de regularidade que, através da equidade, tornassem previsíveis as soluções para litígios futuros. Desta maneira, fundaram a Ciência do Direito onde, rapidamente, se inseriu a boa-fé. Neste contexto, a cientificidade da boa-fé corresponde a possibilidade efetiva de, através dela, serem resolvidas questões

---

<sup>28</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1. ed. 2a tir. Coimbra: Almedina, 2001, p. 53-70.

concretas.<sup>29</sup>

Doutrina minoritária, entende que não deve haver distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, defendendo a unidade de conceitos. Esta tese tem lastro em dois pilares: o primeiro considera o fato de a boa-fé atuar sempre como moldura de comportamento ditada pela moral social; o segundo aduz que tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva abarcariam, mesmo que em graus distintos, uma normatividade. Sem dúvida, a maioria da doutrina e da jurisprudência, hoje, admite a existência de dois prismas da boa-fé: um subjetivo e um objetivo, ponderando de que a unificação dos conceitos aumentaria ainda mais o nível de abstração dos institutos.<sup>30</sup>

Segundo Judith Martins-Costa:

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível.<sup>31</sup>

Vamos procurar compreender melhor o significado das classificações propostas pela doutrina majoritária, quais sejam, os conceitos da boa-fé subjetiva e da boa-fé objetiva.

### 3.1.1 Boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva, também intitulada de boa-fé crença, refere-se a aspectos psicológicos, internos do sujeito.

Neste contexto, a pessoa possui convicção que se comporta conforme o direito. Aquele que manifesta a vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um ato ou fato jurídico.

Para a sua aplicação, deve o intérprete analisar a intenção do sujeito na relação

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>30</sup> PRETEL, Mariana. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em <<https://jus.com.br/imprimir/10519/a-boa-fe-conceito-evolucao-e-caracterizacao-como-principio-constitucional>>. Acesso em 28 mai. 2016.

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 1. ed. 2a tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 16.

jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Oposto à boa-fé subjetiva está a má-fé, também compreendida de maneira subjetiva, como a intenção de lesar a outrem.<sup>32</sup>

### 3.1.2 Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Avalia-se as repercussões de certos comportamentos através da expectativa comum, usual, objetiva, reconhecida por determinado mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.<sup>33</sup>

Mais do que isto, a boa fé-objetiva representa um arquétipo ou standard jurídico, devendo cada pessoa ajustar sua maneira de proceder a esse padrão de comportamento, agindo como faria um homem reto. Na análise deste modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultura dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica, meramente subsuntiva.<sup>34</sup>

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se consagrado como um dos mais importantes princípios do Direito Privado na atualidade, especialmente, no Direito Contratual. No ordenamento jurídico brasileiro, sua positivação está prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02). O princípio citado trouxe significativas mudanças no Direito Contratual, tendo em vista a relativização da autonomia privada dos contratantes, a qual passa a ser mitigada pela necessidade de atender a novos deveres (anexos) inseridos na relação jurídica, que dele surgem na forma de obrigação secundária. Neste passo, tem como função preponderante nortear a conduta (comportamento) dos contratantes ao adimplemento contratual.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p. 411.

<sup>33</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, v. 42, p. 193.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p. 411

<sup>35</sup> SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. Lineamentos do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo: Uma Releitura na Perspectiva Civil-Constitucional. **Revista Direito e Liberdade**; Vol 14, N° 1 (Ano 2012). Disponível em: <[http://www.esmarn.tjm.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/487](http://www.esmarn.tjm.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/487)>.

Segundo os ensinamentos de Judith Martins Costa, a boa-fé objetiva traduz-se em uma cláusula geral, adotada pelo Código Civil de 2002:

Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.<sup>36</sup>

Até a entrega em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo boa-fé era utilizado pelos tribunais brasileiros apenas na conotação subjetiva, ou seja, significando um estado interior, anímico, psicológica do sujeito baseado na concepção pessoal de que estaria agindo de acordo como Direito. Era com esta mesma aceção que o Código Civil de 1916 utilizava esta expressão. Contudo, ao longo dos últimos séculos, o desenvolvimento do modo capitalista de produção e o surgimento de uma sociedade de massas propiciaram a ocorrência de diversos casos de abusos praticados pelos detentores do poder econômico em detrimento de contratantes mais vulneráveis.<sup>37</sup>

Diante da necessidade de proteger o consumidor, uma vez reconhecida sua vulnerabilidade, surge o código consumerista contendo uma série de instrumentos com este objetivo, a saber: a responsabilidade objetiva do fornecedor, o rol não taxativo de cláusulas abusivas, a regulamentação das ações coletivas, a previsão de direitos indisponíveis do consumidor, como o direito à informação, entre outros. Exatamente nesta fonte normativa é que surgiu, inicialmente, o princípio da boa-fé objetiva previsto de forma efetiva no nosso ordenamento jurídico. Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, III (referencial interpretativo): “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos

---

Acesso em 01 abr. 2016.

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p. 286.

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: Estudos na Perspectiva Constitucional**. 1. ed. 2a tir. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 29-30.

quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Com a mesma finalidade prescreve o artigo 51, IV (cláusula geral): “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.<sup>38</sup>

Uma vez que a boa-fé objetiva encontra-se prevista em uma cláusula geral adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, deve-se considerar que esta deva ser incorporada a todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não esteja expressamente prevista nos instrumentos contratuais.<sup>39</sup>

Vale ressaltar que a boa-fé objetiva, embora não tivesse previsão legislativa, já era divulgada na esfera doutrinária antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos o texto de Cláudio do Couto e Silva:

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.<sup>40</sup>

Na sua versão germânica, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral que impõe às partes o dever de colaboração mútua com a finalidade de atingir os objetivos do contrato, sujeitando ambas as partes, em igual medida. Contudo, em vista da finalidade protetiva do código consumerista, passou a atuar como ponto de equilíbrio de relações desiguais, o que não corresponde ao conceito ontológico do instituto em análise. Neste sentido, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, em janeiro de 2013, a jurisprudência já vinha estendendo a aplicação da boa-fé objetiva às relações contratuais em que houvesse uma parte vulnerável a ser protegida, sendo rara sua utilização em relações contratuais paritárias.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 abril. 2016.

<sup>39</sup> NERY JÚNIOR, Néson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 500.

<sup>40</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Editora FGV, 2006, p. 33.

<sup>41</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 33-34.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 trouxe novas regras do modelo jurídico no Direito Brasileiro, corrigindo esta distorção ao estender a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, nas quais não há desequilíbrio a corrigir. O artigo 422 (cláusula geral de conduta imposta aos contratantes), prevê: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Contudo, é preciso observar que a aplicação da boa-fé nas relações contratuais comuns deve seguir critérios mais objetivos. Se por um lado, a utilização indevida da boa-fé era inofensiva na seara consumerista, tendo em vista todos os outros mecanismos que a ela se somavam em busca de uma solução favorável ao consumidor, torna-se extremamente perigosa nas relações paritárias, não cabendo mais sua invocação em um sentido vago, puramente moral, trazendo o risco de absoluta falta de efetividade na solução do conflito de interesses.<sup>42</sup>

Neste sentido, nos ensina Menezes Cordeiro:

O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa-fé funciona aí como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios — ou na pura afectividade — ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal — a que consagra a boa-fé para a solução defendida.<sup>43</sup>

Salienta-se também que a boa-fé objetiva é, em verdade, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I, da Constituição da República, que se irradia através do Direito Obrigacional para todo o ordenamento jurídico: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.” Em consequência a este objetivo, decorre um dever fundamental de solidariedade, que dá origem ao dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade.

### 3.2 AS FUNÇÕES DA BOA FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional que se manifesta através de três

---

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 34-35.

<sup>43</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Op.cit.*, p. 753.

funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a interpretativa (artigo 113), a de controle (artigo 187) e a integrativa (artigo 422).

### 3.2.1 Função Interpretativa dos Contratos

A primeira função remete-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido que estiver mais de acordo com a lealdade e à honestidade entre as partes, proibindo uma interpretação maliciosa, ou que tenha a intenção de ludibriar ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.<sup>44</sup>

Vale ressaltar que a subjetividade, própria do poder concedido aos particulares de acordar seus direitos e obrigações em um contrato, pode ser responsável por uma série de problemas de linguagem e interpretação.<sup>45</sup>

O artigo 113 do Código Civil de 2002 consagra a função interpretativa da boa-fé objetiva: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

O supracitado artigo serve para preencher eventuais lacunas existentes em acordos através da aplicação de conceitos básicos de boa-fé, probidade e usos e costumes do lugar de sua celebração. Diante das constantes mudanças sociais, a função de interpretação da boa-fé objetiva afirma-se como ferramenta valiosa em frente à evolução da cultura contratual, propiciando ao operador do direito um referencial hermenêutico apropriado ao momento histórico cultural em que se estabelece o negócio jurídico analisado. Por tudo isto, a função interpretativa da boa-fé objetiva constitui uma das bases da relação contratual, devendo as eventuais lacunas, brechas ou imperfeições serem preenchidas através dos conceitos básicos de bons costumes, boa-fé, probidade, ética e dignidade. Ressalta-se, também, que a previsão legal do artigo 113 é norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes, sendo um dever jurídico imposto aos contratantes.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 36.

<sup>45</sup> KNEBEL, Felipe Muxfeld. **Dissecando o Princípio Contratual da Boa-fé Objetiva**. Disponível em: <<http://felipeknebel.jusbrasil.com.br/artigos/340199518/dissecando-o-principio-contratual-da-boa-fe-objetiva>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>46</sup> *Ibidem, loc.cit.*

### **3.2.2 Função Restritiva do Exercício Abusivo de Direitos Contratuais (Controle)**

Através da limitação de direitos subjetivos é possível conferir ao princípio da boa-fé objetiva a função de impedir o abuso do direito. A função de controle da boa-fé objetiva, associado à mudança das convicções a respeito da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) representa papel essencial no sentido de determinar que todo e qualquer negócio, seja de direito público ou privado, deve observar a função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.<sup>47</sup>

De acordo com o princípio "neminem laedere", a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem. Este princípio está normatizado no Código Civil de 2002 no artigo 186, que trata do ato ilícito, sendo este a principal fonte da responsabilidade civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." A função de controle do princípio da boa-fé objetiva está positivada no Código Civil, em seu artigo 187, que prevê o seguinte: "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." Significa dizer que o uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as balizas da boa-fé, da função social do contrato ou da propriedade, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Observa-se aqui a equiparação do abuso do direito ao ato ilícito, cabendo diante da ocorrência do ato abusivo, a reparação dos danos, da mesma maneira que deve ocorrer quando o ato é contrário ao ordenamento jurídico.

O sistema jurídico não pode tutelar, sob a aparência de um ato legal ou lícito, a ilicitude ou a antijuridicidade no resultado. Por isso, ao ato abusivo praticado corresponderá a responsabilidade por ao abuso de direito, que será tratada mais adiante.

### **3.2.3 Função Criadora de Deveres Anexos à Prestação Principal (Integrativa)**

A função integrativa da boa-fé objetiva pode ser traduzida como a capacidade

---

<sup>47</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p. 456-457.

criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional: são os chamados deveres anexos, instrumentais ou colaterais de conduta.

O contrato deixa de estar restrito apenas à prestação e passa a ser ampliado a uma relação jurídica complexa e dinâmica, compreendido pela obrigação principal acrescida dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados pelas partes durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo sobreviver à fase pós-contratual. Desta maneira, o contrato não envolve, tão somente, a obrigação de prestar, mas, também, uma obrigação de conduta.

Trata-se da função mais importante do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que os citados deveres anexos passam, obrigatoriamente, a compor qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária.

Menezes Cordeiro adota uma tripartição, para fins didáticos, dos deveres anexos: deveres de lealdade, de proteção, e de esclarecimento ou informação.<sup>48</sup> Tais deveres, contudo, não devem ter um conteúdo fechado, não devendo ser tipificados, visto que derivam de uma relação obrigacional concreta e não devem limitar uma cláusula que pretende ser geral.<sup>49</sup>

Ressalta-se que ao invés de restringir a aplicação da boa-fé objetiva, os deveres anexos ampliam sua utilização, pois a tornam mais eficaz. Os limites ao conteúdo dos deveres criados, numa relação paritária, se resumem aos interesses comuns das partes, visto que os deveres criados pela boa-fé objetiva são anexos às prestações estabelecidas no contrato. Em outras palavras, embora os deveres anexos se imponham à relação contratual, independentemente de previsão expressa no instrumento do pacto celebrado, seu conteúdo está limitado à função socioeconômica do próprio negócio celebrado. Por terem interesses muitas vezes opostos, não será possível requerer que um contratante coopere com os interesses individuais da outra parte. Deste modo, importante frisar que a boa-fé objetiva não impõe o sacrifício de posições contratuais de vantagem. Tal expectativa, seria puro

---

<sup>48</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Op.cit.*, p. 605 e seguintes.

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 36.

romantismo diante de uma relação privada igualitária.<sup>50</sup>

### 3.3 A BOA FÉ OBJETIVA NA ESFERA PROCESSUAL

De acordo com Dworkin, o Direito não pode mais ser compreendido como um mero conjunto normativo. A necessidade da convivência ética, pautada pelo respeito à boa-fé objetiva, é um ditame dominante também na esfera processual civil. A ética que domina o desenvolvimento processual atual prescreve uma atitude cooperativa, baseada na lealdade e na probidade de todos aqueles que, de alguma maneira, fazem parte da prestação da tutela jurisdicional, independentemente da lugar em que se encontrem. É a ética que dirige a “sociedade que queremos ter”.<sup>51</sup>

Nesse cenário, a boa-fé objetiva manifesta-se como vetor de condutas pautadas neste valor, iluminando as garantias constitucionais processuais, com especial destaque para a demarcação dos limites do devido processo legal, de onde se extrai os princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste passo, a boa-fé objetiva deslinda um novo olhar no desenvolvimento processual promovendo o incremento e o aperfeiçoamento dos princípios constitucionais citados, que são elevados à condição de direitos fundamentais, adquirindo o condão de instituir uma nova diretriz para a prestação jurisdicional.<sup>52</sup>

É necessário esclarecer que os princípios constitucionais processuais não são apenas aqueles que estão previstos literalmente na Magna Carta, sendo possível dela extrair outros princípios implícitos, como ocorre com a boa-fé. Fredie Didier Junior entende que as diversas hipóteses doutrinárias para justificar o fundamento constitucional do princípio da boa-fé (princípios da solidariedade, da igualdade, do contraditório, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal) seriam dogmaticamente corretas.<sup>53</sup>

Também no âmbito processual, a boa-fé objetiva deve ser entendida como uma

---

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 38.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 492

<sup>52</sup> SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **A Boa-Fé Objetiva no Processo Civil: A Teoria dos Modelos de Miguel Reale Aplicada à Jurisprudência Brasileira Contemporânea**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

<sup>53</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 86-89.

norma de conduta que impõe às partes um padrão de comportamento. Por isso assume a posição de princípio da boa-fé processual, o qual se extrai do artigo 5º do Novo Código de Processo Civil: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” A norma inclui, por certo, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. Trata-se de uma cláusula geral de boa-fé processual, sendo esta opção legislativa a mais adequada em face das inúmeras situações que podem ocorrer durante o processo. Nestas circunstâncias, seria ineficaz qualquer esforço no sentido de estabelecer um rol legal exaustivo das hipóteses de comportamento desleal. Do mesmo modo é necessário registrar a que o princípio (norma) da boa-fé não se confunde com boa-fé como elemento subjetivo. Esta última compõe o suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. Já a boa-fé objetiva enquanto norma de conduta, impõe e proíbe comportamentos e concebe situações jurídicas ativas e passivas. Uma destas situações criadas a partir do princípio em estudo é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, cuja relevância é, atualmente, tão grande, que adquire também o estrato de princípio da cooperação.<sup>54</sup> A previsão legal está no artigo 6º do Novo CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Vale destacar o entendimento de Rui Stoco, em sua famosa obra *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*:

*Se é certo que toda demanda é o resultado de duas pessoas terem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma, como já se afirmou, não menos correto que essa leitura há de ser feita segundo critérios éticos, informada pela boa-fé, enquanto padrão de comportamento exigido de todos quantos aceitaram viver em sociedade, onde a igualdade e o respeito ao próximo constituem garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, como individualidade protegida, e à sociedade, enquanto estrato e tegumento que permeia a nação politicamente organizada... O objetivo foi estudar a boa-fé não só na sua origem filosófica, mas e principalmente, como pressuposto necessário para estar em juízo, onde a lei estabelece, como regra programática, a obrigação de proceder com lealdade e boa-fé e, como norma punitiva, a proibição de conduzir-se com o só objetivo de prejudicar ou de lesar.<sup>55</sup>*

Em síntese, a boa-fé objetiva, princípio geral do direito implícito na Constituição Federal de 1988, também é lastro para a adoção, no país, do modelo processual

---

<sup>54</sup> *Idem*. **Editorial 45**. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>55</sup> STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual: Aspectos Doutrinários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

cooperativo, vez que este constrói um processo ancorado em pilares de lealdade e ética, valores a serem respeitados por todos os sujeitos processuais (partes e juiz) e pelos demais participantes do processo. A conduta cooperativa evita, ainda, o abuso de poderes processuais, que estudaremos mais adiante.

### 3.4 DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ: UMA VIA DE MÃO DUPLA

A eticidade, a socialidade e operabilidade são os marcos do Código Civil de 2002. A eticidade está relacionada aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, determinando que a conduta dos sujeitos de direito seja lastreada por atitudes corretas, leais e honestas, não se limitando à intenção subjetiva dos agentes em praticar o ato segundo as normas do Direito. Assim também, impõe às partes do negócio jurídico o dever geral de colaboração, impedindo o exercício de pretensões incompatíveis com seus fundamentos e criando deveres anexos. O princípio da boa-fé contratual é endereçado a todo tipo de convenção negocial e aplicado desde a fase pré-contratual, sua execução e conclusão, prolongando-se até o momento pós-contratual.<sup>56</sup> Encontra-se expresso no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Embora a norma não cite os fases pré e pós contratual, não resta dúvidas quanto à aplicação da boa-fé objetiva também nestes momento da avença. Eis o entendimento de Caio Mário:

Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do artigo 422 os períodos pré e pós-contratual (...). Esse negação não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedentes e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas em seu espírito.<sup>57</sup>

O princípio da boa-fé objetiva se aplica aos dois polos da relação jurídica contratual, que no âmbito do direito privado pressupõe uma relação paritária, em igualdade de

---

<sup>56</sup> RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. **O Código Civil de 2002: Princípios Básicos e Cláusulas Gerais.** Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdo\\_codigocivil\\_179.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdo_codigocivil_179.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>57</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

condições. Cabe ressaltar que até mesmo nas relações de consumo, onde está presente um polo vulnerável no vínculo jurídico, não há dúvidas de que a boa-fé objetiva se estende tanto ao fornecedor, quanto ao consumidor. Afinal, o Código de Defesa do Consumidores não veio para promover a discórdia, mas a harmonia nas relações entre consumidores e fornecedores, sendo esta uma das suas principais diretrizes.

A legislação protetiva ao consumidor, portanto, pretendeu alterar o mercado de consumo, equilibrando as relações, para que estas fossem harmônicas, simétricas, de paz, sem quaisquer abusos, por qualquer das partes. A efetivação de tal objetivo não é incumbência das mais fáceis, pois para equilibrar os interesses de consumidores e fornecedores, será preciso que os últimos deixem de utilizar no mercado de consumo alguns artifícios verdadeiramente abusivos. Porém, para que essas barreiras possam ser ultrapassadas, é imprescindível que ambos considerem que a relação de consumo não pode sobreviver sem que haja um sentimento de solidariedade e dependência recíprocas, em um verdadeiro vínculo de responsabilidades que os conecta em função dos interesses comuns. Desta forma, a solidariedade tem o objetivo de assegurar a igualdade entre os parceiros da relação, e não de beneficiar o mais fraco, prejudicando o mais forte.<sup>58</sup>

A boa fé-objetiva na conduta dos fornecedores é preceito amplamente conhecido e aceito. É necessário demonstrar, contudo, que este princípio deve estar presente também no comportamento dos consumidores. Apesar do caráter nitidamente protetivo do Código, o legislador deixou claro que não somente os interesses dos consumidores devem ser salvaguardados, mas também que esta tutela deve ser compatível com o essencial desenvolvimento econômico e tecnológico do mercado (CDC, artigo 4, III). Através dessa premissa, é que se afirma que, embora o legislador não tenha criado nenhuma norma expressa, a interpretação dos dispositivos deve ser sistemática, aplicando os princípios norteadores, em especial a boa-fé objetiva, à conduta de ambas as partes, consumidores e fornecedores. A compreensão deste entendimento é singela, pois se a harmonia (vocábulo que também tem como sinônimo a simetria) existir em apenas um dos polos, certamente

---

<sup>58</sup> CECHET, Alfredo Benito. **O Risco da Banalização do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <<https://jus.com.br/imprimir/31546/o-risco-da-banalizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

ela não estará presente. Essa preocupação é pertinente pois embora o mercado esteja mais equilibrado, há na sociedade uma perigosa sensação de que somente o consumidor age de boa-fé, e o fornecedor, ao contrário, sempre age com dolo, malícia, perfídia. Esta conjectura nem sempre corresponde à verdade. Fortalecer o consumidor, para atingir a isonomia entre os contratantes, foi um dos grandes objetivos do CDC. Entretanto, tal mudança não pode acarretar em uma inversão nas responsabilidades, exigindo-se do fornecedor um padrão probó de conduta e por outro lado permitindo-se que o consumidor, extasiado com a imensidão de normas que o protegem, venha e se esquecer da boa-fé, acreditando estar imune à qualquer tipo de coibição e repressão. A proteção consumerista, afinal de contas, não veio para legitimar uma vingança institucionalizada aos abusos cometidos em detrimento dos consumidores, permitindo condutas desleais, a exemplo de demandas judiciais temerárias ou dos comportamentos censuráveis. É preciso ressaltar que comportamentos dessa natureza são prejudiciais ao interesse de todos os consumidores, porque, sem qualquer ingenuidade, se os fornecedores tiverem de arcar com todos os prejuízos, a socialização não será do lucro, mas dos danos, transferidos aos preços produtos e serviços, sobrecarregando os bons consumidores.<sup>59</sup>

### 3.5 TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DEVERES DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Conforme já estudado, o princípio da boa-fé objetiva desempenha uma “função otimizadora”, servindo como modelo de interpretação e integração do contrato, em conformidade com a sua função econômico-social, assim como estabelecendo deveres gerais de conduta, como o de informação e cooperação entre os sujeitos.<sup>60</sup>

Segundo Cláudia Lima Marques, a doutrina relaciona diversos deveres anexos, entre os quais se sobressaem a) deveres de cuidado, providência e segurança; b) deveres de aviso, informação e esclarecimento; c) dever de prestar contas; d) deveres de colaboração e de cooperação; e) deveres de proteção e cuidado com a

---

<sup>59</sup> CECHET, Alfredo Benito. *Op.cit.*

<sup>60</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé Como Modelo (Uma Aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale)**. Disponível em <[www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834](http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834)>. Acesso em: 24 nov. 2016.

pessoa e o patrimônio da contraparte; f) deveres de omissão e de segredo.<sup>61</sup>

Vale lembrar que o princípio da boa-fé possui seu principal campo de atuação nos contratos, mas estende-se a todas as relações jurídicas, sendo portanto, exigível ao profissional da Medicina e aos pacientes.

Quanto ao dever de informar, ressalta-se que este deve ser observado durante todo o período contratual, inclusive na fase das primeiras tratativas, possibilitando ao outro contratante todos os elementos de cognição relevantes, apropriados, verdadeiros e suficientes para a apreciação do negócio.<sup>62</sup>

Conforme leciona Judith Martins Costa:

Além do mais a boa-fé é uma categoria sistematizadora na medida em que há de ser composta com outras categorias dogmáticas com ela funcionalmente conectadas. No que tange à função da boa-fé como limite ao exercício de direitos haverá necessária conexão funcional com as regras atinentes ao exercício em causa: [...] se o caso envolver relação pré-contratual de serviços médicos, em que é patente a assimetria de poderes informativos – pensamos, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética - a boa-fé comandará a avaliação da qualidade e extensão das informações pré-contratuais prestadas pelo médico ao paciente, de modo a se estabelecer se ocorreu ou não relação causal entre o dano acaso existente e o “consentimento informado”, isto é, o dever pré-contratual de ampla informação, alerta e esclarecimento ao paciente [...].<sup>63</sup>

Certamente, superada a era da irresponsabilidade médica, que teve como lastro uma interpretação errônea do princípio da beneficência, surge o dever de informação como consequência da consagração do princípio da autonomia da vontade. Em consequência, surge o direito inquestionável do paciente de ser esclarecido a respeito da doença que o acomete, para que venha voluntariamente consentir com o respectivo tratamento. Este é um tema de extrema relevância no âmbito do Direito Médico e se refere à obrigação ética e jurídica do profissional de informar ao seu paciente o diagnóstico de sua enfermidade, os detalhes do procedimento terapêutico ou cirúrgico indicados e os riscos que lhe são inerentes. Estas informações devem ter a capacidade de fornecer dados relevantes e

---

<sup>61</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. Porto Alegre: **Revista da Ajuris**, jul. 1995, v. 64, n. 34, p. 53-54.

<sup>62</sup> EHRHARDT, Marcos. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civas: Breves Notas sobre o Princípio da Boa-Fé Objetiva e sua Influência nas Relações Contratuais**. Disponível em <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres\\_gerais\\_de\\_conduta\\_e\\_boa\\_fe\\_marcos\\_e\\_hrhardt.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_e_hrhardt.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2016.

<sup>63</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé**. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

suficientes para permitir ao paciente tomar uma decisão consciente e segura sobre autorizar ou não a intervenção em seu próprio organismo. Esta obrigação, portanto, tem natureza complexa, pois além de prestar a informação, o médico também é forçado a obter o consentimento de seu paciente para submetê-lo ao tratamento proposto.<sup>64</sup>

O dever de informação destina-se a todos, já que está previsto na atual Constituição Federal, no artigo 5º, XIV: “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”.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no art. 6º, III, o dever de informar atinge condição de direito básico: “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”.

O artigo 15 do vigente diploma civil também determina que o consentimento para a atuação médica no âmbito pessoal do paciente é indispensável: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica, que delimita os princípios deontológicos do exercício profissional da Medicina, prescreve em seu artigo 34, que é vedado ao médico: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” .

Vale registrar que com o progressivo enaltecimento da pessoa humana, o paciente

---

<sup>64</sup> BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. **Consentimento Informado no Exercício da Medicina e Tutela dos Direitos Existenciais: Uma visão Interdisciplinar**. Itaperuna: Gráfica e Editora Hoffmann, 2011, p. 44.

abandona a posição de mero espectador do trabalho médico, ou puro objeto da ciência, e se converte em sujeito de direitos, capaz de influenciar a atividade do profissional. Desta forma, no exercício de sua autonomia existencial, deixa de ser paciente, passando à qualidade de agente, deliberando se irá se submeter ou não à intervenção cirúrgica ou técnica terapêutica aconselhada pelo médico. Ressalvadas as situações emergenciais em que o profissional deve atuar independentemente de consentimento, a pessoa humana deve ser respeitada em sua dignidade e em especial quanto ao seu direito de decisão.<sup>65</sup>

Nas lições de Cavalieri Filho, o dever de informar é direito básico do paciente e um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares. Este dever, é consequência do princípio da boa fé objetiva, que se revela na cooperação, lealdade, transparência, correção, probidade e confiança que devem existir na relação médico-paciente. Esta informação possui três requisitos: ser verdadeira, suficiente e adequada, pois somente desta maneira será legítimo o consentimento informado.<sup>66</sup>

Certamente, embora o esclarecimento prestado pelo profissional e o consentimento firmado pelo paciente se materializem em um termo escrito, assinado por ambas as partes, seria impossível que este documento pudesse conter todas as consequências, previsíveis ou não, do tratamento proposto. Deste modo, o termo deve abarcar os efeitos mais relevantes que de forma rotineira acontece na prática médica. É necessário notar que pretender listar em um documento todas as possibilidades de consequências desfavoráveis de um tratamento proposto, além de ser tarefa impossível, acabaria por aterrorizar o paciente de forma desnecessária, podendo até mesmo fazer com que ele deixe de usufruir do benefício de um tratamento por temor a uma complicação que raramente ocorre.

Neste sentido, Menezes Cordeiro, após afirmar que “o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos”, 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

---

<sup>65</sup> BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. *Op.cit.*, p. 49-50.

<sup>66</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 89.

os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso.<sup>67</sup>

Relevante ressaltar que ao deixar de informar, o profissional comete uma conduta culposa omissiva, faltando com o dever objetivo de cuidado que a lei estabelece. cometendo ato ilícito previsto do artigo 186 do Código Civil, visto que por omissão voluntária ou negligência, viola o direito e causa dano a outrem. Por este motivo, a ausência do consentimento informado acarreta para o médico a obrigação de reparar, mesmo que o dano experimentado seja uma consequência natural do procedimento terapêutico indicado. Se por um lado, o médico dispõe de conhecimentos técnicos e científicos capazes de prever certas situações, por outro lado, a pessoa leiga sequer poderá imaginar tais consequências se não tiver obtido os esclarecimentos devidos de forma clara, objetiva e segura.<sup>68</sup>

Desta maneira, a falta do dever de informação constitui dano autônomo, podendo vir o médico a ser responsabilizado mesmo que o procedimento tenha ocorrido conforme os bons ditames da técnica. Neste sentido, Cavalieri cita como exemplo o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 20632/99. No caso citado, o paciente foi submetido a cirurgia para retirada da próstata, em função de um diagnóstico de hipertrofia prostática, que teve como consequências incontinência urinária e a impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, mesmo tendo a perícia médica confirmado as complicações são inevitáveis, pelo que não haveria que se falar em culpa, sequer em defeito do serviço, o pedido indenizatório foi acolhido. Isto porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir se os correria ou não.<sup>69</sup>

Vale destacar que o consentimento informado não descaracteriza, por si só a responsabilidade profissional por parte do médico. Será necessário, no caso concreto, verificar de que forma as informações foram prestadas e se o paciente teria condições de compreender o real contexto de sua situação. Ademais, é preciso verificar se alguma conduta culposa do médico contribuiu para favorecer a ocorrência do dano.

---

<sup>67</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Op.cit.*, p. 605-606.

<sup>68</sup> BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. *Op.cit.*, p. 84.

<sup>69</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 440.

No exemplo a seguir, ação judicial proposta por um paciente por suposto erro médico, pelo fato de ter sido pai após ter se submetido a uma cirurgia de vasectomia. A ação foi julgada improcedente e mantida a decisão em segundo grau. O recurso especial não foi conhecido, portanto a decisão do tribunal a quo foi mantida. Ressalte-se, entretanto, que o acórdão de origem, mantido pelo STJ, reconheceu que não houve responsabilidade civil médica porque o médico cumpriu o dever de informar, inclusive aceitando como prova deste dever, declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico.

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). (sem grifos no original)

Observa-se que o termo de consentimento informado na verdade deve ser o resultado final de um processo de informação, que preferencialmente comece de forma oral, durante a consulta, possibilitando ao paciente a oportunidade de sanar suas dúvidas em relação ao tratamento proposto (obviamente dentro dos limites do que a ciência Médica é capaz de antever, com base em dados estatísticos). O documento escrito deve ser, portanto, firmado no final deste processo, registrando as informações mais importantes e previsíveis. O termo de consentimento informado não poderá ser um documento previamente elaborado e padronizado, imposto ao paciente, pois a Medicina não deve ser praticada de maneira automatizada, como uma prestação de serviços em larga escala de produção. Caso venha a ser obtido de tal maneira, visando unicamente garantir uma prática defensiva para profissional, antevendo e prevenindo os danos de um processo judicial futuro, seu conteúdo terá natureza de cláusula contratual abusiva, no bojo de um contrato de adesão, sendo

portanto nulo de pleno direito.

Se for elaborado de forma adequada, o termo de consentimento informado constitui, indubitavelmente, prova da efetivação do dever de informar, decorrente da boa-fé objetiva. Mais do que isso, poderá servir como instrumento de prova, juntamente com o prontuário médico, do cumprimento do dever de colaboração que se estende aos dois polos da relação jurídica, já que com a consagração da autonomia da vontade, o paciente passa a participar diretamente das decisões, assumindo também as consequências de sua autodeterminação. Temos portanto de um lado o médico, que para além de ter o dever de prestar o seu serviço com todo o cuidado e competência, tem os deveres de informar, de escutar seu paciente com toda a atenção que um ser humano em um momento de fragilidade requer, de priorizar as demandas urgentes (atendendo inclusive pacientes que não estão marcados), de facilitar, no que puder, a autorização do acesso dos paciente à realização dos procedimentos, fazendo relatórios, preenchendo guias e demais trâmites burocráticos, entre outros. Por sua vez, o paciente tem o dever de prestar informações verdadeiras sobre seu histórico médico e seus sintomas atuais, comunicar condições psicossociais que possam vir influenciar na evolução da doença, seguir as recomendações médicas, pertinentes ao tratamento decidido em conjunto, ou, ao menos, informar ao médico que não foi possível atender às orientações prescritas. Em suma, o paciente assume, através do registro das informações e recomendações prestadas bilateralmente, sua obrigação (que na verdade sempre existiu) de ser um agente ativo no processo do tratamento e também sua parcela de responsabilidade, fruto de sua participação direta nas escolhas tomadas.

Diante de tudo que foi analisado, é possível deduzir que o termo de consentimento informado tem a função de registrar as informações e decisões compartilhadas entre o médico e seu paciente, podendo vir a funcionar como um ponto de partida na avaliação da conduta das partes, caso haja alguma controvérsia judicial futura relativa ao serviço prestado.

## 4 DA RESPONSABILIDADE DO PACIENTE POR ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

São diversas as situações em que atos praticados pelos médicos ou pelos pacientes podem gerar danos uns aos outros. Contudo, seguindo nosso corte metodológico, faremos um breve estudo voltado aos institutos do direito que tratam dos fundamentos necessários para compreender o abuso de direito de ação e suas consequências.

### 4.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os tempos mais remotos, ao se deparar com uma situação que lhe imponha prejuízo, o ser humano tende à busca da vingança ou de qualquer outro tipo de reparação. Sendo assim, o instituto da responsabilidade civil surge no Direito Privado com a finalidade de evitar a ocorrência de danos em série, resultado da barbárie que inexoravelmente se instalaria caso a humanidade não houvesse decidido abrir mão da autotutela, entregando ao Estado o poder de criar normas impositivas, decidir sobre as questões controversas e impor as penalidades devidas a quem causar um dano a outro alguém ou a quem descumprir as regras positivadas para viabilizar a convivência social pacífica.

Neste contexto, o instituto da responsabilidade civil impõe aos sujeitos de direito o dever de indenizar os prejuízos causados aos outros. A responsabilidade pode ser subjetiva, fundamentada na idéia de culpa, ou objetiva, na qual a culpa é irrelevante pois a obrigação de indenizar decorre da norma jurídica. Segundo Maria Helena Diniz:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato ao próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).<sup>70</sup>

A doutrina diverge sobre quais seriam os pressupostos ou elementos da Responsabilidade Civil. De acordo com Leonardo Vieira, a polêmica é devida a

---

<sup>70</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.50.

divergências entre doutrinadores que escreveram para a realidade de seus próprios países, por muitas vezes diferente de outros ordenamentos jurídicos. Assim também, decorre da dificuldade de adequação ao novo paradigma proveniente da “tendência à objetivação”. Conforme o autor, considerando-se que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 prevê literalmente a “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”, conclui-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos acidentais da responsabilidade civil, uma vez que o vocábulo “pressuposto” abarca os “fatos e condições” sempre ocorrentes. Dessa forma, se sob a égide do Código Civil de 1916, que não previa expressamente a responsabilidade objetiva (só aceita, em alguns casos, em microsistemas jurídicos), justificava-se este debate, hoje, com o novo Código, as discussões sem sombra de dúvidas perderam os sentido.<sup>71</sup>

No presente trabalho, seguindo o mesmo entendimento de Leonardo Vieira, acima justificado, adotamos a concepção de que há quatro pressupostos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade e o “nexo de imputação”.

#### **4.1.1 Conduta Humana**

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita, o princípio *neminem laedere*, que preconiza que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O pressuposto da conduta possui por característica preponderante a ideia de voluntariedade, podendo ser positiva ou negativa (ação ou omissão). Na voluntariedade, a pessoa é consciente daquilo que faz com alguma exceções, como por exemplo atos reflexos, hipnose e sonambulismo. Para Rui Stoco, a voluntariedade do agente nem sempre se resume à intenção de produzir o resultado,

---

<sup>71</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.39-43.

mas abrange também a aceitação do risco de produzi-lo, pelo comportamento incapaz, imprudente ou imperito.<sup>72</sup>

A conduta que causa um dano, em regra será ilícita, mas também poderá haver responsabilidade civil decorrente de ato lícito.<sup>73</sup> Por exemplo, nas situações previstas no parágrafo único do artigo 927, que se enquadram no conceito de responsabilidade objetiva: "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." Importante lembrar também da previsão contida no inciso II do artigo 188 do Código Civil, que estabelece que não constituem atos ilícitos: "I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Contudo, dispõe o artigo 929 do mesmo código: "Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".

A responsabilidade poderá ocorrer como consequência de ato próprio, comissivo ou omissivo (danos materiais; lesão física; casos de calúnia, difamação e injúria; abuso de direito; demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; dentre outros). Já a responsabilidade por ato de terceiro acontecerá, por exemplo, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, sendo responsáveis pela indenização os pais, tutores e curadores. Da mesma forma, as pessoas jurídicas de direito privado respondem por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes; o empregador responde pelos atos de seus empregados; os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes; os farmacêuticos, por seus prepostos. Por causa do aumento da quantidade de acidentes e de vítimas, que não devem ficar sem ressarcimento, a responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é, em regra, objetiva: independe de prova de culpa.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

<sup>73</sup> LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e o Danos Indenizáveis**. Buscalegis. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4: Responsabilidade Civil. 9.ed.São Paulo: Saraiva, 2014, p.36.

#### 4.1.2 Dano

Sérgio Cavalieri Filho define dano como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”, não importando, para o doutrinador, se o bem tem natureza patrimonial ou se é um bem que compõe a personalidade da vítima, como sua honra, imagem, liberdade. Para o mesmo doutrinador, o dano é o grande vilão da responsabilidade civil pois sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio alheio, não há o dever de indenizar.<sup>75</sup>

No mesmo sentido, o conceito de dano proposto por Varela:<sup>76</sup>

O dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais, morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar” [...].

De acordo com Gagliano e Pamplona, para que a responsabilidade seja imputada ao agente, o dano precisa ser certo, ainda que não seja possível estimá-lo economicamente; em outras palavras, o danos deve ser efetivo, concreto, pois não cabe indenização por danos hipotéticos.<sup>77</sup>

Os danos se classificam em materiais e imateriais. Os primeiros correspondem à perda ou diminuição dos bens economicamente apreciáveis, ou seja, atingem o patrimônio da pessoa. Há duas espécies de danos materiais: os danos emergentes ou imediatos, que correspondem ao valor efetivamente avariado do patrimônio da vítima, e os lucros cessantes, que dizem respeito ao rendimento esperado no futuro que foi impedido pelo ato lesivo.

Por outro lado, são imateriais os danos que incidem sobre os bens jurídicos extrapatrimoniais, incorpóreos, que se referem aos direitos da personalidade, como a imagem, a honra ou a privacidade.

Miguel Kfoury Neto afirma que aos danos imateriais incluem diversas situações relacionadas aos direitos da personalidade, como os danos estéticos, danos

---

<sup>75</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 92-93.

<sup>76</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. v.1. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.598.

<sup>77</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 39.

relacionados à esfera da sexualidade, a frustração pela repentina interrupção de uma atividade profissional, dentre outros.<sup>78</sup>

#### 4.1.3 Nexo de Causalidade

Orlando Gomes nos transmite uma noção ampla de nexos de causalidade, definindo o instituto como a relação de causa e efeito que une a conduta humana do agente (ação ou omissão) ao dano, fazendo nascer o dever de indenizar [...].<sup>79</sup>

O artigo 186 do Código Civil traz expressamente o pressuposto da relação de causalidade. Quando este requisito não ocorre, não existe a obrigação de indenizar. Mesmo na presença do dano, se a causa não está vinculada a uma conduta do agente, não há nexos de causalidade e também não subsiste o dever de indenizar.

A doutrina formulou algumas teorias para tratar do nexos de causalidade. A teoria da equivalência de condições, também conhecida como *conditio sine qua non*, defende que todos os antecedentes fáticos que cooperam para a ocorrência do resultado são causa dele. Deve ser considerada com certa moderação, para não levar o intérprete ao infinito.

Já a teoria da causalidade adequada entende que causa é o fator precedente abstratamente apto a concretização do resultado, segundo um juízo de probabilidade. Para esta teoria, uma condição deve ser considerada causa de um dano quando for provável que a lesão ocorra no decorrer do fluxo normal da vida. Neste passo, Noronha esclarece:

Para determinar se o dano pode ser considerado consequência normalmente previsível do fato, a teoria apela para o que chama de prognose retrospectiva [...]. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

<sup>79</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.332.

<sup>80</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 600-601.

Por outro lado, a teoria da causalidade direta e imediata compreende que a causa consistiria apenas no antecedente fático vinculado direta e imediata ao resultado danoso.<sup>81</sup>

Não existe consenso na doutrina pátria sobre qual seria a teoria adotada pelo Código Civil de 2002. Muitos autores optam por uma compreensão comedida e extensiva, admitindo a convivência de todas as teorias, deixando ao encargo do juiz a definição de qual teoria adotar em cada caso concreto.<sup>82</sup>

#### 4.1.4 Nexo de Imputação

Segundo Leonardo Vieira, para que esteja obrigado a indenizar, o agente, além de ser responsável pelo dano, deverá ter contra si um fator de atribuição (imputação), que poderá ser a culpa ou a mera previsão legal, como nos casos de responsabilidade resultante de ato lícito. O nexos de imputação é um conceito indispensável para que almejem examinar a moderna teoria geral da responsabilidade civil, que não mais está reduzida à culpa, mas subordinada também aos efeitos da teoria do risco [...]. Desta maneira, o sujeito estará obrigado a reparar os danos toda vez que a lei assim determinar, devendo responder por ato próprio, ilícito ou lícito, assim como por atos de terceiros, nos casos de responsabilidade indireta.<sup>83</sup>

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, é cediço que art. 186 do Código Civil trata do dolo no começo de sua prescrição, ao referir-se a: “ação ou omissão voluntária”, passando, posteriormente, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”. A culpa, por outro lado, consiste na falta de diligência. Segunda a teoria subjetivista, adotada em nosso Código Civil, para conseguir o ressarcimento do dano sofrido, a vítima precisa provar que o agente atuou com dolo ou culpa. Contudo, como esta prova muitas vezes é árdua de ser obtida, nosso ordenamento jurídico positivo admite, em casos restritos, hipóteses de responsabilidade sem

---

<sup>81</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 101.

<sup>82</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. *Op.cit.*, p.54.

<sup>83</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. *Ibidem*, p.55.

culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.<sup>84</sup>

Cabe registrar que em relação à reparação do dano ocasionado por erro médico, os profissionais, em geral, assumem obrigação de meio, que corresponde à incumbência de manter uma conduta cuidadosa, do início ao fim do tratamento, sem, contudo, estarem comprometidos com a cura do paciente. Por este motivo, a forma mais eficaz de avaliar o comportamento dos médicos está lastreada na teoria da culpa (teoria subjetivista) nos seus diversos aspectos: negligência (ausência de ação, ato omissivo), imprudência (precipitação) e imperícia (deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, ou inabilidade). Desta forma, a inexecução do contrato de prestação de serviços médicos só acontece quando comprovada a conduta culposa, conforme preconiza o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Caio Mario da Silva Pereira ensina:

"Nas obrigações de resultado a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre objetivo final; nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final"<sup>85</sup>

Na obrigação de meios há um pacto de dedicação pessoal do obrigado visando atingir o melhor resultado, mas sem a obrigação de atingir o objetivo da contratação. Os exemplos típicos são os contratos com os profissionais liberais, como médicos, dentistas e advogados. Tais profissionais, ao aceitarem uma tarefa, são responsáveis por empreender todo esforço, conhecimento e a dedicação possíveis para a obtenção do melhor resultado. Contudo, não se comprometem a atingir, necessariamente, o resultado esperado pelo contratante, já que não é possível ao médico garantir que o paciente ficará curado, nem ao advogado garantir que o cliente sairá vencedor no litígio.

Da mesma forma, na precisa lição de Carlos Roberto Gonçalves:

---

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p.53.

<sup>85</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de **Direito Civil Brasileiro**. v.2: Teoria Geral das Obrigações. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.214.

"Para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa em reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de meio e não de resultados. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se ao tratar o cliente com zelo utilizando-se de todos os recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente."<sup>86</sup>

A culpa é o inadimplemento de um dever que o agente podia reconhecer e praticar. Se a violação for proposital, configura-se o delito civil, ou, na esfera dos contratos, o dolo contratual. Se esta violação do dever for involuntária, caracteriza-se a culpa simples, que provoca um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, que deixou de atuar com a prudência e diligência esperadas pela sociedade.<sup>87</sup>

Vale registrar o entendimento do Professor Rui Stoco:

Quando existe uma intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu).<sup>88</sup>

#### 4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO

Com a Constituição Federal de 1988, qualificada como Constituição Cidadã, que consagra o Estado do Bem Estar Social, os direitos subjetivos e a propriedade ganham esse enfoque socializante. São positivados, como valores fundamentais do Brasil, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade, a função social da propriedade, dentre outros. Observa-se, sob um viés constitucional, a valorização do indivíduo, o que reflete no direito privado. Assim, o centro de proteção passa do patrimônio para o indivíduo. A propriedade, como objeto de direitos, não pode ser exercida de forma absoluta, devendo, antes de tudo, respeitar os direitos individuais dos outros cidadãos. No âmbito infraconstitucional, enquanto o Estado e a sociedade mudaram, o Código Civil (de 1916) continuou ancorado no Estado Liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais absolutos e do individualismo jurídico. Era preciso, com efeito, dentro de

<sup>86</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p.266.

<sup>87</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.110.

<sup>88</sup> STOCO, Rui. *Op.cit.*, p. 97.

uma nova codificação de direito privado, conciliar os direitos subjetivos do indivíduo com os interesses superiores da sociedade, pois os direitos subjetivos não constituem um fim em si mesmos, nem são instrumentos de gozo ou de satisfação de objetivos inferiores e mesquinhos. Eles têm uma função eminentemente social.<sup>89</sup>

Com isso, emerge a necessidade de se introduzir no direito civil conceitos éticos, valorativos, humanísticos. É o que foi preconizado por Miguel Reale<sup>90</sup>, na Teoria Tridimensionalista do Direito, segundo o qual direito é fato, valor e norma. Em outras palavras, o direito não se restringe ao conceito matemático do positivismo lógico. Devem ser agregados elementos éticos e valorativos ao direito, a partir da introdução nos textos legislativos de cláusulas gerais, a serem preenchidas caso a caso pelo intérprete.

A Teoria do Abuso de Direito destaca-se dentro da concepção de relativização dos direitos, que limita o livre arbítrio do indivíduo em relação ao exercício dos seus direitos. Os direitos subjetivos deixam de ter caráter absoluto, devendo ser exercidos de forma a não prejudicar ilegitimamente as outras pessoas, de acordo com a sua finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes.

O leading case da Teoria do Abuso de Direito ocorreu em 1912, quando o Tribunal de Apelação de Amiens, em acórdão de 2 de novembro de 1912, analisou um caso em que o proprietário de um imóvel, no exercício dos direitos inerentes à propriedade, levanta duas construções de madeira, em cima das quais coloca quatro lanças de ferro, com propósito de impedir ou dificultar a subida de balões dirigíveis da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. A finalidade da edificação foi induzir Clement-Bayard a adquirir a propriedade onde o ato emulativo foi praticado por um bom preço. No caso, embora considerando a existência do direito de propriedade, entendeu o Tribunal de Apelação de Amiens que tal direito subjetivo não é absoluto, e que não havia interesse legítimo que o autorizasse a utilizar sua propriedade com o único propósito especulativo ou de prejudicar o seu vizinho.<sup>91</sup>

O tema relativo à natureza jurídica do abuso de direito é complexo e provocativo.

---

<sup>89</sup> LUNARD, Fabrício. **A Teoria do Abuso de Direito no Direito Civil Constitucional: Novos Paradigmas para os Contratos**. Buscalegis. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2016

<sup>90</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.511.

<sup>91</sup> LUNARD, Fabrício. *Op.cit.*

Bruno Miragem ressalta as divergências em relação ao tema, afirmando:

O abuso de direito é, certamente, um dos temas mais controversos do Direito Privado desde sua origem, entre o final do século XIX e o início do século passado. Parte desta controvérsia, certamente, decorre da crise conceitual que o instituto sempre provocou na ciência jurídica. Desde as polêmicas sobre sua própria existência como conceito jurídico, sua natureza como ato ilícito ou categoria autônoma, passando pelos requisitos para sua configuração, trata-se de um dos temas de Direito Privado sobre o qual quase tudo é divergente.<sup>92</sup>

Para boa parte da doutrina, o abuso de direito, pressupõe licitude no antecedente e ilicitude no consequente, pois, inicialmente o agente exerce um direito, mas o exerce de modo excessivo ou abusivo. O ato contrário ao direito não é ato jurídico, configura um ato ilícito, visto não estar em conformidade com o direito. Esse ato é ilícito desde a sua gênese: concepção, nascimento e efeitos que produz.

O abuso de direito está previsto no artigo 187 do Código Civil de 2002: “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”.

Cláudia Lima Marques, prefaciando obra de Bruno Miragem, afirma que o autor, em tese inovadora, traz cinco revolucionárias (e ao mesmo tempo simples) conclusões:

1. A cláusula geral do art. 187 caracteriza o abuso do direito como nova espécie de ilicitude objetiva no sistema de Direito Privado, um ilícito de proteção da confiança.
2. A cláusula geral do art. 187 constitui permissivo legal genérico para intervenção do juiz na autonomia privada.
3. Os limites previstos no art. 187 constituem, ao mesmo tempo, limite e medida para o exercício dos direitos subjetivos.
4. A cláusula geral do abuso do direito tem uma aplicação transversal não apenas às relações reguladas pelo Código Civil, mas em todo o Direito Privado.
5. A cláusula geral do art. 187 do CC/2002 constitui norma para eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.<sup>93</sup>

Cláudia Lima Marques ressalta a importância da compreensão do instituto do abuso de direito como espécie de ilicitude objetiva que se irradia de maneira transversal a todo o Direito Privado, permitindo possibilidades de interpretação e aplicação arrojadas desta cláusula geral, com vistas a impedir a aplicação rígida e cega das prescrições generalizadas da lei, conferindo eficácia horizontal aos valores constitucionais. A nova configuração do abuso do direito proposta por Bruno

<sup>92</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: Ilicitude Objetiva e Limite ao Exercício de Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 11.

Miragem, como um dispositivo que prescreve situações com status de ilicitude objetiva, ganha sentido se compreendermos o artigo 187 como uma espécie de cláusula geral de proteção da confiança na vida em sociedade. Neste passo, a tese escolhe a afronta ao princípio da confiança como fundamento para resposta do Direito contra este exercício abusivo de um direito. O jurista brasileiro, em regra, geralmente não consegue evoluir de uma visão de boa-fé (*bona fides*) para uma visão de proteção da confiança (*fides*), o que acabaria por considerar o artigo 187 de eficácia quase igual ao artigo 422 do Código Civil de 2002, reduzindo tudo sempre à boa-fé. A boa-fé, evidentemente, é um grande vetor, mas nem todos os abusos são contrários à boa-fé.<sup>94</sup>

Lembrando Hannah Arendt, que ensina que o “atuado é irretratável”, Cláudia Lima Marques defende que por mais que o início do ato abusivo tenha como fundamento um direito (ato lícito legitimante), o seu final no mundo é irretratável. Por este motivo é um ato objetivo e ilícito (haja ou não intenção emulativa, culpa ou outro fator subjetivo), porque este ato objetivo do exercício do direito violou manifestadamente um dos vetores legais estabelecidos no artigo 187, quais sejam, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O direito neste paradigma tem como alvo proteger a confiança (*fides*) e daí valorar o resultado que violou a confiança esperada e não a conduta que levou a este resultado. Seja qual o standard que foi usado nesta conduta (lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo, de bom pai de família ou negligente) o resultado do exercício para além dos limites dos vetores legais é abuso e o resultado deste ato é sempre irretratável.<sup>95</sup>

#### 4.3 ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO

A nova ordem jurídica estabelecida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 legitimou os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo como garantias processuais que foram adicionados ao rol dos direitos fundamentais (art. 5º, incisos XXXV, LV, LIV e LXXXVI). Neste contexto, a atual sistematização processual está voltada àqueles que efetivamente necessitam de tutela jurisdicional, contendo um mínimo de garantias para ambas as partes. No entanto, não se pode permitir que as

---

<sup>94</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: *Op.cit.*, p. 12-13.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 14.

partes, valendo-se das prerrogativa dadas por lei, façam uso destes direitos de maneira contrária às finalidades do sistema processual, visto que todo o ordenamento jurídico está submetido a valores éticos que não podem ser desconsiderados. Quem recorre ao processo sem um objetivo sério e legítimo, abusa do direito de estar em juízo, pois a solução de um conflito não é de interesse apenas daqueles que compõe a relação processual, mas também de toda a sociedade.<sup>96</sup>

### 4.3.1 Conceito

O abuso do direito processual consiste essencialmente em um desvio de finalidade, ou seja, a parte utiliza-se de uma norma legal para alcançar um propósito diferente daquele prescrito pelo legislador. É esta a compreensão de Helena Abdo:

Há abuso do processo toda vez que a decisão entre praticar ou não o ato estiver ligada a *finalidades estranhas* à própria prática do ato, ou seja, quando ocorrer o tantas vezes aludido *desvio de finalidade*. Em outras palavras, pode-se dizer que o sujeito age abusivamente quando opta por utilizar-se de determinado mecanismo processual para alcançar *outros fins* que não aqueles normalmente previstos para o respectivo meio ou instrumento utilizado.<sup>97</sup>

Vale ressaltar que se alguém ingressa com uma ação judicial está no exercício regular de um direito, desde que se comporte de acordo com as regras e princípios estabelecidos no nosso sistema processual civil. Neste contexto, não há abuso nem desvio, pouco importando que o resultado da demanda seja favorável ou não. A perda da ação judicial, por si só, não credencia o vencedor a requerer indenização com base na alegação de que a condição de réu foi causa de incômodos e prejuízos. Isto porque o exercício regular de um direito é causa excludente de responsabilidade civil, conforme previsto no artigo 188, inciso I do Código Civil.

O artigo 77 do novo Código de Processo Civil estabelece os deveres dos atores processuais. Esse dispositivo legal determina que a boa-fé objetiva (espécie de cláusula geral processual que abarca os deveres de lealdade, veracidade e probidade) seja o pilar central da conduta de quem litiga. Esta opção legislativa ocorre porque seria impossível enumerar todas as condutas que poderiam ser

---

<sup>96</sup> FERRO, Thania Maria Bastos Lima. Responsabilidade Civil por Abuso do Processo. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7161-responsabilidade-civil-por-abuso-do-processo>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

<sup>97</sup> ABDO, Helena Najjar. **Abuso do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81-82.

consideradas abusivas no desenrolar do processo. Deste modo, a cláusula geral de boa fé é o vetor que guia os diversos dispositivos que tratam das questões éticas que envolvem o exercício dos poderes e faculdades processuais pelas partes e demais atores do processo. Cabe registrar que o combate ao abuso na esfera processual tem como alvo as condutas ardilosas que causam danos aos propósitos do processo e visam proteger não somente as partes, mas toda a sociedade, já que o grande acúmulo de processos que atravancam os Tribunais, tem como uma das causas exatamente o fluxo processual obstruído ou retardado em função do abuso na utilização dos institutos processuais, tais como: uso indevido dos meios probatórios, pedidos de diligências infundadas, arguição de exceções de impedimento ou suspeição bem como inadequado manejo de recursos, só para citar alguns.<sup>98</sup>

De acordo com parte da doutrina tradicional, para ser possível configurar a má-fé processual como espécie de exercício anormal ou abusivo de direito, seria necessário verificar a ocorrência de dois requisitos: a intenção do agente e a existência de prejuízo deliberado a terceiros.

É este o entendimento de Rui Stoco, para que seja caracterizada a demanda abusiva:

“... impõe-se que o agente tenha consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e secundum legis, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou abuso, de modo a lesionar e ferir o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando devia ... na má-fé processual a imputação é subjetiva, na esteira da teoria do abuso do direito, da qual decorre e onde encontra fundamento e sustentação”.

No mesmo sentido, jurisprudência do mesmo autor:

Para a caracterização do abuso do direito de demandar ou da litigância de má-fé exige-se a comprovação de culpa *lato sensu* da parte, ou seja, a demonstração do elemento intencional ou culposo voltado ao propósito de obter vantagem indevida ou de prejudicar e causar gravame à outra parte”. (TJSP – 3a C. Dir. Público – Ap. 111.876/0 – Rel. Rui Stoco – j. 03.07.2001 – voto 2.786)

Antônio Manuel Cordeiro discorre sobre a sistematização construída pela doutrina alemã, que classifica as situações de utilização da boa fé ao processo: a) proibição

---

<sup>98</sup> FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *Op.cit.*

de consubstanciar dolosamente posições processuais (que corresponde à proibição de má-fé processual subjetiva); b) a proibição de *venire contra factum proprium* (vedação ao comportamento contraditório); c) a proibição de abuso de poderes processuais; d) *supressio* (perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para gerar na outra parte a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido). Neste prisma, o princípio da boa-fé objetiva processual é a nascente normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a denominação “abuso do direito processual”, determinando, entre outras condutas, que as partes têm o dever de não formular pedidos ilegais, não articular fatos contrários a verdade, nem requerer diligências meramente dilatórias. Contudo, a ideia de luta, implícita no conceito de processo, acarreta, compulsoriamente, em uma sagacidade que resulta, por sua vez, em condutas que, embora legais, não correspondem ao ideal de justiça. Por este motivo, a boa-fé processual deve ser limitada, aproximando-se a má-fé do dolo. Tendo em vista que o processo é considerado como uma luta entre as partes, que buscam garantir em juízo seus interesses particulares, a boa-fé objetiva processual deve ser utilizada com lucidez. De maneira geral, qualquer parte vencida na produção de prova acaba, enfim, por deduzir pedido ou contrarrazões não fundamentadas, devendo-se ainda considerar que somente após a produção e/ou análise das provas poderá o juiz convencer-se de que a parte ignorava, ou não, a falsidade da sua tese. Exige-se assim, para a má-fé processual, não a simples ausência de fundamentos, devendo restar comprovado que o autor fez um pedido a que conscientemente sabe não ter direito ou que o réu rechaçou uma obrigação que conscientemente sabe que deve cumprir.<sup>99</sup>

Mesmo durante o período privatista do direito, que defendia o dogma da autonomia da vontade, já havia uma certa inquietude a respeito do exercício dos direitos pelos seus titulares, principalmente quando tal prática implica em indevida restrição à esfera jurídica subjetiva de outrem. A partir dessa preocupação, surge a teoria do abuso de direito, de caráter subjetivista, que visava evitar que o titular do direito pudesse exercê-lo a seu bel prazer, sem quaisquer limites. É necessário compreender que essa teoria considerava a intenção lesiva (dolosa ou culposa) do titular do direito a ser exercido e a ideia de “ilicitude de fins”, permitindo ao lesado

---

<sup>99</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Op.cit.*, p. 377-381.

pleitear em juízo a indenização pelo dano causado. Com a evolução política e o surgimento do Estado social, a disciplina alusiva ao exercício irregular de direitos sofreu modificações, substituindo-se, paulatinamente, a subjetivista noção de abuso de direito pela teoria do exercício inadmissível de posição jurídica (ou exercício inadmissível de direitos). Esta tese funda-se na análise objetiva do exercício desses direitos, não sendo relevante a verificação de eventual intenção lesiva do titular do direito, mas, a conformidade da conduta exercida com os ditames do ordenamento jurídico que prescrevem o direito subjetivo. Nesta conjectura, a ilicitude não está no objetivo a ser alcançado (lesar outra pessoa, por exemplo), mas, sim, nos meios utilizados para atingir este fim, ainda que este seja lícito. Em consequência, a proteção possível de ser judicialmente deixa de ser apenas a pretensão indenizatória para ensejar também (e sem prejuízo da primeira), a dedução em juízo de tutelas específicas.<sup>100</sup>

Neste sentido, discorre Judith Martins-Costa:

A principal distinção de ordem prática entre o abuso de direito e o exercício inadmissível de posição jurídica está, pois, em que esse último prescinde da culpa como elemento de suporte fático da regra. [...] Trata-se [o exercício inadmissível de posições jurídicas] de uma ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque – em contraponto à ilicitude subjetiva – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, in concreto, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes.<sup>101</sup>

Na esfera processual, as partes da controvérsia levada a juízo devem agir também de acordo com os deveres de lealdade e boa-fé os quais são pressupostos básicos de quem busca suas pretensões. A não observância destes preceitos poderá causar dano processual a uma das partes litigantes, assim como disposto no artigo 79 do Novo Código de Processo Civil, o qual dispõe: “Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

Os ideais do Estado Liberal, traduzidos na visão do processo como um jogo ou um

---

<sup>100</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo no Direito Brasileiro**. 2011. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

<sup>101</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: O Renascer do “Venire Contra Factum Proprium”**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 376, 2004, p. 124.

duelo sem limites entre as partes, onde o juiz atuava como mero árbitro, propiciaram o fortalecimento de garantias constitucionais processuais que refletiam uma concepção individualista e refratária a regras que impusessem comportamentos de probidade para os litigantes. Hoje, a boa-fé objetiva invade a esfera do Direito Processual Civil, direcionando a pretensão de correção no comportamento não só das partes, mas, também, do juiz, determinando deveres de cooperação que fazem do processo uma 'comunidade de trabalho' onde prevalecem os deveres de lealdade entre estes e a confiança legítima no poder judiciário. Portanto, a boa-fé objetiva no âmbito processual civil cumpre relevante função corretiva.<sup>102</sup>

Não se pode confundir o exercício regular do direito constitucional de ação com a litigância de má-fé. O direito de ação está consolidado na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, CF 88. 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:

XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Vale destacar a oportuna reflexão de José Afonso da Silva, no sentido de que o dispositivo em referência reconhece também o direito daqueles contra quem se propõe a ação:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>103</sup>

Cabe ressaltar que é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, escoltado na doutrina por Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, dentre outros juristas notáveis, que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 não possuem um caráter absoluto, e admitem relativização. Dessa maneira, o legislador infraconstitucional, ou mesmo o magistrado na aplicação da lei

---

<sup>102</sup> SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *Op.cit.*

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 433.

ao caso concreto, pode realizar ponderações e limitações aos direitos e garantias fundamentais. Com base nessa peculiaridade inerente aos direitos fundamentais, pode-se concluir que o direito de ação pode ser relativizado em relação a situações fáticas que por diversas vezes encontram proteção na própria lei, como por exemplo os artigos 77 e 78 do Novo Código de Processo Civil, que tratam dos deveres das partes e os artigos 79 a 81 do mesmo diploma legal, que tratam da responsabilidade das partes por dano processual. Existem diversos exemplos de lides temerárias que causam prejuízo, não só às partes no processo, bem como aos seus familiares e ao sistema judiciário como um todo. Vale citar as diversas ações indenizatórias propostas no âmbito das relação de consumo, baseadas em prejuízos insignificantes que são guarnecidos por uma sequência de fatos trágicos que visam justificar uma condenação relativa a danos morais que talvez nem mesmo tenham ocorrido. Nessas situações, o uso da legislação consumerista é corrompido em favor do proponente que age de má fé, se valendo de institutos próprios da relação de consumo, como a inversão do ônus da prova e a responsabilidade solidária dos fornecedores, para auferir vantagem indevida.<sup>104</sup>

#### 4.3.2 Critérios de identificação

Algumas características da relação jurídica processual fazem com que o abuso do processo tenha peculiaridades próprias, que o diferenciam do abuso do direito regido pelo Direito Civil. A prática do abuso do processo somente pode ocorrer no exercício de situações jurídicas ativas (faculdades e poderes) ou de situação jurídica passiva necessariamente acompanhada de uma situação ativa (exercício concomitante de situações jurídicas). Assim também, só podem praticar abuso do processo os sujeitos da relação jurídica processual, tanto os parciais (partes, litisconsortes, terceiros intervenientes, advogados e membros do Ministério Público, quando ajuízam demandas), quanto os imparciais (juízes, auxiliares da justiça e membros do Ministério Público, quando exercem a atividade de fiscais da lei).<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> FONSECA, Rafael R. Machado. **O Dano Moral Qualificado pelo Dano Processual**. 2012. Artigo Científico. Orientadores: Mônica Areal, Néli Luiza C. Fetzner e Nelson C. Tavares Junior. (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

<sup>105</sup> CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de Situações Jurídicas Processuais no Código de Processo Civil**. 2013. Dissertação. Orientador: Prof. Antônio Carlos Marcato (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo .

Segundo André Carradita, para que um ato processual seja qualificado como abusivo, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos:

1. Aparência de legalidade. Em razão desse requisito, uma conduta processual que viole um dever de maneira patente ou que implique o descumprimento de um provimento judicial, de natureza antecipatória ou final não pode ser considerada hipótese de abuso do processo, pois lhe falta a aparência de licitude;
2. Exercício da situação jurídica processual com desvio de finalidade, para atingir escopo ilícito ou ilegítimo (é indispensável que o instrumento processual seja utilizado para a obtenção de um fim distinto do seu escopo típico, ilícito ou ilegítimo [...] as pessoas não podem utilizar o processo para violar os deveres de veracidade, de lealdade ou de boa-fé; para deduzir pretensão ou defesa destituída de fundamentação séria; para praticar ato inútil ou desnecessário à declaração ou defesa de direito; para conseguir objetivo ilegal; para praticar ato simulado; nem para protelar a entrega da tutela jurisdicional ou se opor injustificadamente a ela.
3. Eventualmente, o dolo ou a culpa. O elemento subjetivo (dolo ou culpa) só é relevante para caracterizar o abuso do processo quando o legislador expressamente exige do sujeito processual uma atitude psicológica (como no artigo 80, VII: Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório ou 258 do novo do CPC: A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras para sua realização). Quando a lei silencia a respeito do “animus” o sujeito pode ser punido pela simples prática da conduta abusiva descrita no tipo legal;
4. O dano, que deve ser considerado mais uma consequência natural do abuso do processo que um requisito para sua ocorrência. O comportamento processual abusivo é um ilícito pluriofensivo, uma vez que causa, sempre, dano ao Estado e, eventualmente, lesa o âmbito patrimonial ou o extrapatrimonial da esfera jurídica da parte contrária.<sup>106</sup>

Por outro lado, o mesmo autor considera que não são elementos essenciais do ato processual abusivo: o julgamento de improcedência da demanda, (já que o indivíduo que tem razão no âmbito do direito substancial pode também cometer uma conduta processual abusiva, hipótese em que não fica imune às sanções previstas na lei) e a imperfeição (formal ou não-formal) dos atos processuais. Em conformidade com o entendimento de Bruno Miragem, que vê no abuso de direito um ilícito objetivo, Carradita classifica os atos processuais abusivos como fatos jurídicos processuais “*lato sensu*” ilícitos, uma vez que eles afrontam diversas garantias individuais, princípios processuais e deveres gerais dos sujeitos do processo previstos expressamente na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.<sup>107</sup>

Carradita, por fim, considerando os elementos caracterizadores do abuso do processo, identificou as seguintes hipóteses abusivas previstas no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, que foram adaptadas no presente trabalho em

<sup>106</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>107</sup> CARRADITA, André Luís Santoro. *Op.cit.*

função da entrada em vigor do novo Código em 2015 (NCPC): Abuso do processo ou de poder processual mediante a dedução de pretensão ou de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (artigo 80, I); utilização do processo para conseguir objetivo ilegal (artigo 80, III); utilização do processo como instrumento para simulação (artigo 142); violação do dever de veracidade (artigos 80, II; e 258) violação do dever de prontidão (artigo 485, II); utilização de poderes e faculdades processuais para opor resistência injustificada ao andamento do processo (artigo 80, IV); utilização de poderes e faculdades processuais de modo temerário (artigo 80, V); abuso do poder de provocar incidentes no processo (artigo 80, VI); abuso do poder de recorrer (artigos 80, VII; 1.026, § 2º, e 1.021, § 4º); utilização de poderes e faculdades processuais para opor-se maliciosamente à execução (artigo 774, II); abuso do poder de opor embargos do devedor (art. 918, § único) entre outros.<sup>108</sup>

Várias das hipóteses acima identificadas, correspondem ao que legislação processual prevê como litigância de má-fé. Atualmente, este instituto deixou de ter seu conteúdo revelado a partir de uma inútil investigação psicológica do *animus* da parte e passou a ser revelado a partir de acontecimentos concretos criados pelas partes. Isto denota que a responsabilidade processual pela inadimplência dos deveres processuais de boa-fé é *objetiva*, ou seja, a existência de dolo ou culpa é irrelevante, pois a conduta é analisada a partir de sua comparação com certos padrões de comportamento. Cabe registrar que é inaceitável que o sistema de repressão à litigância de má-fé ainda seja considerado sob a premissa da boa-fé *subjetiva*, em pleno século XXI, em que a litigância em juízo se dá em proporções massificadas e em que a litigiosidade explode em números assustadores. É possível que este talvez seja o principal fator de ineficiência do sistema, tornando a aplicação das normas que o compõem uma verdadeira raridade.<sup>109</sup>

#### **4.3.3 Uso do Termo de Consentimento Informado: Elemento de prova?**

Tendo em vista nossos estudos acerca da boa-fé objetiva, sua utilização como princípio vetor que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, as obrigações

---

<sup>108</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>109</sup> CHIOVITTI, Ana Paula. **A Boa-Fé no Processo Civil e os Mecanismos de Repressão ao Dolo Processual**. 2009. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Donaldo Armelin. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

decorrentes deste princípio (recíprocos em qualquer relação jurídica, inclusive nas relações de consumo), a função do termo de consentimento informado como instrumento de registro e concretização dos deveres da boa-fé na relação médico-paciente, os elementos caracterizadores do abuso de direito no âmbito das relações processuais e as hipóteses abusivas identificadas no item anterior, todas previstas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, acreditamos haver lastro jurídico para propor que o termo de consentimento informado seja considerado um importante elemento de prova na identificação de ações abusivas contra o médico.

Ora, não é raro o médico ser processado pelo inconformismo e revolta dos pacientes que não conseguem ficar curados ou sofrem com os efeitos iatrogênicos do tratamento proposto. Muitas vezes, estas ocorrências são previsíveis e os pacientes são devidamente avisados, mas ainda assim optam por processar o médico, como uma tentativa de amenizar sua dor ou se vingar do profissional. Nesta situações, em que todas as consequências foram previstas e o tratamento foi devidamente autorizado (tudo isto registrado de forma devida no termo de consentimento informado) querer pleitear uma indenização seria, ao nosso ver, uma maneira de utilização do processo para conseguir objetivo ilegal, qual seja, o enriquecimento ilícito (artigo 80, III); assim como uma violação do dever de veracidade (artigo 80, II). É certo que cada caso merece a apreciação do poder judiciário, sendo necessário instruir o processo com o documento citado, que provavelmente só aparecerá nos autos no momento da contestação apresentada pelo profissional. É necessário também sensibilidade do juiz, para verificar se as informações constantes no termo de consentimento estão claras e precisas, suficientes para a compreensão de uma pessoa leiga, assim como para avaliar a capacidade pessoal de entendimento do autor da ação.

#### **4.3.4 Jurisprudência**

Apesar dos nossos esforços, não encontramos na jurisprudência situação que se assemelhe à nossa proposta, qual seja, configuração de litigância de má-fé para os casos em que o paciente foi informado devidamente de todas as complicações

possíveis para os seu caso específico e ainda assim processou o médico, pelos motivos considerados como complicações previsíveis.

A seguir, exemplos de outras situações em que foi possível configurar a má-fé processual em demandas promovidas por pacientes contra médicos:

*Apelação Cível n. 0001671-16.2009.8.26.0108 Comarca de Jundiáí Apelante: Francisco das Chagas Silva Apelado: Intermédica Sistema de Saúde S/A Voto n. 14.601.*

*RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Improcedência bem decretada Alegação do autor de que, após ser informado que jamais poderia ter filhos, passou a não mais se utilizar de métodos contraceptivos, recebendo a notícia de que sua esposa estava grávida, o que lhe gerou inúmeros aborrecimentos - Obrigação de reparar não caracterizada - Ausência de comprovação da culpa do médico, ou da operadora de saúde - Laudo que concluiu que o autor foi diagnosticado com doença que pode justificar o resultado do exame e que, o fato de o autor ter sido encaminhado para o setor de infertilidade é consistente com a possibilidade de reversão do acusado no exame, não sendo constatado desvio do preconizado para os procedimentos realizados - Litigância de má-fé configurada - Aplicação, de ofício, das penas previstas no art. 18 do CPC, que não configura julgamento ultra petita - Apelo desprovido.*

No caso acima, o paciente alterou a verdade dos fatos, com evidente deslealdade processual, ao afirmar que somente deixou de utilizar preservativos depois do suposto diagnóstico de infertilidade, constituindo, sem dúvida, ofensa ao preceito ético-jurídico contido no artigo 17, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973, que encontra correspondência no artigo 80, I e II do CPC de 2015.

Vejamos outro exemplo:

Apelação com Revisão: 0001848-09.2005.8.26.0370  
Comarca: Juiz: Apelante: Apelados:  
Monte Azul Paulista- Vara Única Fábio Fernandes Lima José Aparecido da Silva Município de Monte Azul Paulista José Mário Figueira  
VOTO N. 27.286  
RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO MÉDICO AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO MÉDICO E O RESULTADO LAUDO PERICIAL QUE, ADEMAIS, AFASTOU A POSSIBILIDADE DE FALHA MÉDICA NOS PROCEDIMENTOS A QUE SE SUBMETEU O PACIENTE- ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE - AÇÃO IMPROCEDENTE SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.  
LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ- A FLAGRANTE ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS AUTORIZA A APLICAÇÃO DO ART. 18, DO CPC, EM DETRIMENTO DO AUTOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 17, II, DO CPC.  
A ALTERAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, ANTE A POSSIBILIDADE DE CONFIGURAR CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA, AUTORIZA A EXTRAÇÃO DE CÓPIAS DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A APURAÇÃO CORRESPONDENTE, DE OFÍCIO, NA FORMA DA FUNDAMENTAÇÃO.

Neste caso, ficou provado nos autos que o autor era ciente da sua condição de

portador de toxoplasmose e, nesta qualidade, submeteu-se durante quatro anos ao tratamento ministrado pelo corréu, o qual, inclusive, mostrou-se adequado. Mais do que isso, não passou despercebido que o autor alterou de maneira relevante a verdade dos fatos com o intuito de obter vantagem patrimonial que sabe ilícita, circunstância que autorizou a imputação da pena de litigância de má-fé em conformidade com os artigos artigo 17, incisos II e 18, do CPC, que encontra correspondência no artigo 80, II e 81 do CPC de 2015. O magistrado destacou que conforme o escólio de Nelson Nery Junior, a conduta descrita no inciso II, do art. 17, do CPC (1973) - *alterar a verdade dos fatos* compreende também o ato de dar versão mentirosa para fato verdadeiro, não mais se exigindo a intenção, o dolo para caracterizar a litigância de má-fé.

#### **4.3.5 Consequências: Breve dimensionamento dos danos causados ao médico**

O aumento da quantidade de demandas judiciais buscando reparação por danos materiais e morais é notoriamente divulgado pelas estatísticas do poder judiciário e pelos meios de comunicação em geral. Dentro do âmbito da relação médico-paciente, a situação não é diferente.

Segundo Marcos Vinicius Coltri, nas últimas duas décadas, principalmente, verificou-se o aumento do número de processos judiciais e éticos movidos por pacientes em face dos médicos, clínicas e hospitais. Apenas para citar alguns exemplos, o Superior Tribunal de Justiça registrou aumento de aproximadamente 16 vezes, entre 2001 e 2008, de processos a respeito da matéria. Na esfera ética, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) aponta crescimento de 343% no número de Processos Ético-profissionais em curso entre 2000 e 2010. É relevante ressaltar que apesar do grande número de demandas contra médicos, as estatísticas apontam para um número relativamente baixo de condenações. Embora o paciente seja considerado como polo vulnerável da relação contratual com seu médico, aproximadamente 75% dessa demandas são julgadas improcedentes. Ou seja, a cada 4 médicos, 3 deles são processados injustamente.<sup>110</sup> Como já verificamos, o simples fato de vir a ser o vencedor de uma demanda na qual foi

---

<sup>110</sup> COLTRI, Marcos Vinicius. **O Médico e o Custo para Provar sua Inocência**. Disponível em: <<http://www.ducatri.com.br/diferencial/rcp.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

apontado como réu não legitima o profissional a pleitear reparação pelos danos sofridos. Estabelecer critérios para identificar em que situações estas ações representam o regular exercício de direito de ação ou caracterizam abuso do direito constitui tarefa árdua.

O olhar excessivamente protecionista do nosso Poder Judiciário pode dificultar ainda mais esta missão. Neste contexto, Marcos Ehrhardt nos ensina que a função reparadora da responsabilidade civil muitas vezes, de modo maniqueísta, desconsidera que um acidente, não mais pode ser encarado apenas como um fato entre indivíduos, mas sim como um fato social. Partindo-se da premissa, nem sempre verdadeira, de que as vítimas são sempre inteiramente inocentes, acaba-se depositando o dever de garantir uma reparação plena e integral sobre um único indivíduo. Não são raras situações nas quais é possível verificar uma exacerbada postura paternalista na atuação da máquina estatal, sem se considerar que ao final, quem arca com os custos da reparação é a própria sociedade, já que todos passam a pagar mais caro por bens e serviços. Importante também ponderar que o delineamento de uma ética da responsabilidade impõe a definição de um compromisso para o futuro, focado na prevenção e na precaução.<sup>111</sup>

#### 4.3.5.1 Dano Moral

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ensinam que o dano é atualmente compreendido como “lesão a um interesse juridicamente tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão de sujeito infrator”.<sup>112</sup>

Quando o dano atinge a esfera da personalidade, configura-se o dano moral ou extrapatrimonial, que atenta contra a dignidade, intimidade, reputação de um ser, podendo atingir a chamada honra objetiva (reputação) ou a honra subjetiva (autoimagem) do indivíduo afetado. Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam:

[...] todo dano moral é decorrência de violação a direitos da personalidade, caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos

---

<sup>111</sup> EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-Fé Enquanto Dever Geral de Conduta**. 2011. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

<sup>112</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular que servirão para fins de fixação do *quantum* indenizatório.<sup>113</sup>

Cabe destacar que o dano moral difere do dano patrimonial também pela sua forma de reparação, já que não é possível a reposição *in natura*, o retorno ao *status quo ante* do direito violado. Como estes direitos tutelam interesses jurídicos imateriais, a prova do dano consiste na demonstração de que a esfera da personalidade foi atingida. É este o entendimento de Rui Stoco:

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.<sup>114</sup>

Saliente-se que há de se observar o duplice caráter da responsabilidade civil: o compensatório, que visa reparar o dano em relação à vítima; e o inibitório, que objetiva desestimular o agente à reincidência. Nesse sentido, também leciona Stoco:

A indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação à vítima, compensá-la pela perda que se mostrar irreparável [...].<sup>115</sup>

A responsabilização civil busca resgatar o equilíbrio, impondo que os direitos existenciais sejam observados e cumpridos. Parecem evidentes as consequências que um processo judicial podem trazer para a reputação de um médico, ainda mais quando a existência do processo é divulgada maciçamente pela mídia e redes sociais muito antes do resultado do julgamento da demanda, como ocorre atualmente. O bem mais precioso que o médico tem é o atributo da confiança que puder inspirar nos seus pacientes e colegas de profissão. É claro que a existência de um processo gera minimamente uma dúvida sobre a capacidade e a índole do profissional, dúvida esta que pode tomar proporções imprevisíveis. Quando o processo é fundado em um ato que excede os limites do direito de ação, gera danos objetivos e irretratáveis, conforme defende Bruno Miragem. A indenização neste caso será uma mera tentativa de abrandar o dano irretratável e, muito mais importante do que isto, um mecanismo para evitar que aquele agente continue atuando de forma lesiva, causando danos que acabam por vir a onerar o

---

<sup>113</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 161.

<sup>114</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1691.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 1684-1685.

sistema de saúde como um todo, conforme já comentado.

A seguir, jurisprudência sobre o tema:

Apelação no. 0011855-86.2005.8.26.0038

Comarca : Araras (2a. Vara Cível) Apelante: União São João Esporte Clube

Apelado : Homero Theiss Aguiar

Interessados : Gilmar Santos Guimarães e outros Juíza de Direito : Dra. Mônica Di Stasi Gantus Encinas

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECONVENÇÃO. DANOS MORAIS.

Demanda na qual a agremiação esportiva autora reclamava indenização decorrente de supostas falhas havidas na atuação profissional do requerido, médico ortopedista. Demanda conexa movida pelas pessoas físicas dos atletas diretamente prejudicados pelos erros médicos referidos, reclamando estes últimos, danos morais.

Sentença de improcedência dos pedidos veiculados nas ações, procedente o pleito reconvenicional do médico requerido, condenados, todos os requerentes ao pagamento de indenizações autônomas por danos morais.

Recurso de Apelação da agremiação esportiva. Ação.

Alegação de erro médico imputada ao requerido que não resta comprovada sob o crivo do contraditório.

Laudo pericial oficial que conclui no sentido da inexistência de irregularidades nos procedimentos cirúrgicos realizados pelo requerido, adotada por este último técnica cirúrgica adequada para o tratamento de lesões do joelho. Pedidos veiculados nas ações que se mostravam improcedentes.

Reconvenção.

Existência de matéria jornalística na qual, tanto o presidente do clube, quanto os atletas em si considerados, lançam declarações no sentido de ter o médico reconvincente incorrido em erro. Requerido que teve seu nome exposto de modo temerário e em contexto de repercussão local capaz de trazer abalo à sua imagem profissional, com o que se mostra caracterizado o dano moral.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

#### 4.3.4.2 Danos Materiais (Honorários Advocatícios e Custas Processuais)

Na prática o resultado favorável da demanda não significa exatamente um ganho para o profissional. Pelo contrário, ocorrem danos. O profissional, na maioria das vezes, tem de desembolsar quantia próxima a 25 mil reais, incluindo honorários advocatícios, custas e despesas processuais em geral, honorários de perito e do assistente técnico, pelo simples fato de ser processado. Em outras situações, as despesas decorrentes do processo se tornam mais gravosas para o médico em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor que, por exemplo, permite que o paciente mova a ação no local da sua residência e não onde ocorreu o

atendimento médico. Como agravante, o profissional que consegue provar sua “inocência” acaba por não reaver a quantia gasta com o processo. Isso porque, na esmagadora maioria das ações, os pacientes (autores) são protegidos pelos benefícios da justiça gratuita. Como são considerados pobres pela lei, quando perdedores na litigância, não se responsabilizam de imediato pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, ficando tais encargos em condição suspensiva de elegibilidade por até cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença que os certificou. O médico podendo executar este crédito, neste prazo, apenas se conseguir provar que deixou de existir a situação de pobreza que justificou a gratuidade da justiça para o paciente. Além disto, os honorários contratuais previamente estabelecidos entre o médico e seus advogado são devidos.

Desse modo, na prática, 3 em cada 4 médicos processados pagam para provar a sua inocência, sem poder reaver a quantia gasta nos processos.<sup>116</sup>

Tais prejuízos constituem os chamados danos emergentes, ou danos positivos, que correspondem ao montante indispensável para repor as perdas econômicas, os seja, aos prejuízos decorrentes da ação danosa.<sup>117</sup>

#### 4.3.5.3 Lucros Cessantes

Considera-se como lucros cessantes ou danos negativos o montante equivalente aos ganhos que provavelmente chegariam ao patrimônio da vítima, caso o dano não tivesse ocorrido, tendo em vista a ordem natural das coisas. Certamente, a aferição deste montante é tarefa bem mais complexa do que o cálculo dos danos emergentes, exigindo um juízo de razoabilidade no tocante à probabilidade – e não à mera possibilidade – de que o proveito econômico realmente ocorreria. Tal abstração, perpassa o campo de nexos causal, na medida o que se examina é um processo causal hipotético, com base no que ocorreria ordinariamente se o evento

---

<sup>116</sup> COLTRI, Marcos Vinicius. **O Médico e o Custo para Provar sua Inocência**. Disponível em: <<http://www.ducatri.com.br/diferencial/rcp.pdf>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

<sup>117</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**. v.4: Responsabilidade Civil. 3.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, p.257.

lesivo fosse suprimido. Em consequência, é apropriado se referir ao lucro cessante simplesmente como “ganho de que o credor (vítima) ficou privado”.<sup>118</sup>

É muito pouco provável, repise-se, que o médico consiga reaver os valores referentes aos danos materiais sofridos nem tampouco ser indenizado com vistas a amenizar os danos morais irretratáveis. Entretanto algo precisa ser feito para coibir a avalanche de processos, pois a judicialização da relação médico-paciente traz reflexos consideráveis na forma de agir e de sentir dos dois polos envolvidos, além de gerar consequências para toda a sociedade, que vão desde o aumento dos custos dos tratamentos até o atravancamento do poder judiciário com demandas frívolas ou abusivas.

---

<sup>118</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**. v.4: Responsabilidade Civil. 3.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, p.260-261.

## 5 CONCLUSÃO

O aumento da judicialização das questões que envolvem a relação médico-paciente deve ser causa de preocupação não apenas para a categoria médica, mas para a sociedade como um todo, já que o excesso de demandas onera o sistema de saúde e cria entraves na própria estrutura do poder judiciário.

Acreditamos que uma causa relevante para este fenômeno é a deterioração da relação médico-paciente, fator que tem múltiplas causas, como a precarização dos vínculos de trabalho dos médicos e o advento da intermediação da mão de obra com o surgimento das operadoras de saúde. Esforços simultâneos são necessários para resgatar a saúde desta relação tão delicada, para o bem de todos os envolvidos.

Para a maioria da doutrina e jurisprudência, a relação médico-paciente se estabelece através de uma relação contratual de consumo. Não concordamos com esta concepção por acreditar que o vínculo que se forma nesta relação jamais poderia ser comparado ao que se estabelece numa prestação de serviços em série, voltada para o mercado de consumo. Pelo contrário, cada paciente é único e cada serviço prestado é planejado sob medida, para cada caso específico concreto. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor é prejudicial não apenas ao profissional, que vê a sua defesa processual submetida a regras mais gravosas, mas também à relação em si, que não deve ser mercantilizada.

A boa fé é um princípio vetor que rege todo ordenamento jurídico brasileiro, determinando que as relações jurídicas devem ocorrer de maneira leal, proba e cooperativa. O princípio tem previsão legal no Código Civil de 2002, mas se irradia para todos os ramos do Direito Brasileiro, proporcionando eficácia horizontal aos valores constitucionais, principalmente os relativos aos direitos fundamentais. Dessa maneira, atinge também a esfera processual.

Este princípio se aplica, por óbvio, na relação médico-paciente, sendo uma obrigação recíproca, independentemente da vulnerabilidade do paciente. O termo de consentimento informado pode ser considerado um instrumento de concretização dos deveres de recíprocos boa-fé existentes na relação, principalmente o dever de informação. Por tal motivo, poderá ser também um importante mecanismo de prova em uma demanda judicial.

A Responsabilidade Civil é o instituto capaz de reparar os danos sofridos na esfera das relações jurídicas. Presentes os pressupostos, há o dever de indenizar.

O Código Civil de 2002 traz o fenômeno do abuso do direito. Embora tenha aparência de ato lícito, legítimo, o abuso ocorre quando o agente extrapola, ao exercer o seu direito, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A doutrina atual entende que o abuso do direito independe da ocorrência de culpa do agente. Destacamos o trabalho inovador de Bruno Miragem, que classifica o abuso de direito como uma ilicitude objetiva, que transversalmente atinge todas as relações privadas.

Nesse passo, o instituto do abuso do direito processual pode ser conceituado como um desvio da finalidade do processo, que em última instância seria o de pacificar a sociedade, através de determinadas formas de atuar que ferem a boa-fé processual de maneira objetiva. O Código de Processo Civil de 2015 traz diversas hipóteses de atuação processual abusiva.

O presente trabalho demonstrou também que o termo de consentimento informado pode servir de prova judicial capaz de configurar abuso de direito processual, nos casos em que os pacientes, inconformados, procuram indenização pela reparação de danos que foram previstos no documento citado. Nesta hipótese, estaria configurada a má-fé processual, pois o paciente estaria violando o dever de veracidade (previsto no artigo 80, II do NCPC) e se utilizando do processo para conseguir objetivo ilegal, qual seja, o enriquecimento ilícito (artigo 80, III).

O abuso de direito processual, gênero do qual a má-fé processual é espécie, é ato ilícito e gera danos materiais e morais ao médico lesado, que tem o direito de buscar reparação para compensar tais estragos.

## REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **Abuso do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/cf1988](http://www.planalto.gov.br/cf1988)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 abril. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 16 abril. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 abril. 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo no Direito Brasileiro**. 2011. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 13-16.

BOECHAT CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. **Consentimento Informado no Exercício da Medicina e Tutela dos Direitos Existenciais: Uma visão Interdisciplinar**. Itaperuna: Gráfica e Editora Hoffmann, 2011.

BROTTO, Tulio Cezar de Aguiar; DALBELLO-ARAÚJO, Maristela. É inerente ao trabalho em saúde o adoecimento de seu trabalhador? **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. Vol. 37, Nº 126 (Ano 2012). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n126/a11v37n126.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de Situações Jurídicas Processuais no Código de Processo Civil**. 2013. Dissertação. Orientador: Prof. Antônio Carlos Marcato (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo .

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CECHET, Alfredo Benito. **O Risco da Banalização do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <<https://jus.com.br/imprimir/31546/o-risco-da-banalizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

CHIOVITTI, Ana Paula. **A Boa-Fé no Processo Civil e os Mecanismos de Repressão ao Dolo Processual**. 2009. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Donaldo

Armelin. (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

COLTRI, Marcos Vinicius. **O Médico e o Custo para Provar sua Inocência**. Disponível em: <<http://www.ducatri.com.br/diferencial/rcp.pdf>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n°. 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf)>. Acesso em: 16 abril. 2016.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1. ed. 2a tir. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Editora FGV, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTR, 2016.

DIAS, Elizabeth Costa. Condições de trabalho e saúde dos médicos: uma questão negligenciada e um desafio para a Associação Nacional de Medicina do Trabalho. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. Vol 13, N° 2 (Ano 2015). Disponível em: <[http://www.anamt.org.br/site/upload\\_arquivos/rbmt\\_volume\\_13\\_n%C2%BA\\_2\\_29320161548207055475.pdf](http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/rbmt_volume_13_n%C2%BA_2_29320161548207055475.pdf)>. Acesso em: 01 mai. 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.110.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 86-89.

\_\_\_\_\_. **Editorial 45**. Disponível em<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil — Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-Fé Enquanto Dever Geral de Conduta**. 2011. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

\_\_\_\_\_. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis: Breves Notas sobre o Princípio da Boa-Fé Objetiva e sua Influência nas Relações Contratuais**. Disponível em

<[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres\\_gerais\\_de\\_conduta\\_e\\_boa\\_fe\\_marcos\\_ehrhardt.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**. v.4: Responsabilidade Civil. 3.ed.Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. Responsabilidade Civil por Abuso do Processo. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7161-responsabilidade-civil-por-abuso-do-processo>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

FONSECA, Rafael R. Machado. **O Dano Moral Qualificado pelo Dano Processual**. 2012. Artigo Científico. Orientadores: Mônica Areal, Néli Luiza C. Fetzner e Nelson C. Tavares Junior. (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Gen, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4: Responsabilidade Civil. 9.ed.São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GIL, Gilberto. Entrevista e Música inédita composta pelo autor. **Revista Eletrônica Coração e Vida**. Disponível em <<http://coracaoevida.com.br/gilberto-gil-fala-com-exclusividade-ao-coracao-vida/>>. Acesso em 18 nov. 2016.

HAWTON, K; CLEMENTS, A; SAKAROVITCH, C; SIMKINS, S, DEEKS, JJ. Suicide in doctors: a study of risk according to gender, seniority and specialty in medical practitioners in England and Wales, 1979- 1995. **Journal of Epidemiology & Community Health**. Vol 55 N° 5 (Ano 2001). Disponível em: <<http://jech.bmj.com/content/55/5/296>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

HARGER, Márcio Roberto. **A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12787-12788-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2016.

KNEBEL, Felipe Muxfeld. **Dissecando o Princípio Contratual da Boa-fé Objetiva**. Disponível em: <<http://felipeknebel.jusbrasil.com.br/artigos/340199518/dissecando-o-principio-contratual-da-boafefe-objetiva>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e o Danos Indenizáveis**. Buscalegis. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, v. 42, p. 193.

LUNARD, Fabrício. **A Teoria do Abuso de Direito no Direito Civil Constitucional: Novos Paradigmas para os Contratos**. Buscalegis. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2016

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5.ed. SÃO PAULO: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 1. ed. 2a tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **A ilicitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: O Renascer do “Venire Contra Factum Proprium”**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 376, 2004, p.124.

\_\_\_\_\_. **Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé**. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. Porto Alegre: **Revista da Ajuris**, jul. 1995, v. 64, n. 34, p. 53-54.

MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lázaro. Medicina defensiva: uma prática necessária? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgia**. Vol. 40, N°. 6 (Ano 2013). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v40n6/13.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: Ilicitude Objetiva e Limite ao Exercício de Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Bárbara Silva; PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Perfil Epidemiológico e Ocupacional dos Anestesiologistas Inseridos no Mercado de Trabalho de Belo

Horizonte, Minas Gerais, em 2010. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Vol. 62, N° 2 (Ano 2012). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rba/v62n5/v62n5a02.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES DE SOUZA, Eduardo. **Do Erro À Culpa na Responsabilidade Civil do Médico – Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 67-68.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRETEL, Mariana. **A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional**. Jus navigandi. Disponível em < <https://jus.com.br/imprimir/10519/a-boua-fe-conceito-evolucao-e-caracterizacao-como-principio-constitucional>>. Acesso em 28 mai. 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Bruno; GAZIN, Caio; PASETTO, Camila; SIMÕES, João Carlos. **Relação Médico Paciente**. Revista do Médico Residente. 2011. Disponível em <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/viewFile/8/13>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. **O Código Civil de 2002: Princípios Básicos e Cláusulas Gerais**. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/olumel/10anosdocodigocivil\\_179.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/olumel/10anosdocodigocivil_179.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **A Boa-Fé Objetiva no Processo Civil: A Teoria dos Modelos de Miguel Reale Aplicada à Jurisprudência Brasileira Contemporânea**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SCHEFFER, M. et al. **Demografia Médica no Brasil 2015**. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da USP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Conselho Federal de Medicina. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index10/?numero=12>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

SHELLEY, Mary. **Frankenstein**. São Paulo: Darkside, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. **Lineamentos do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo: Uma Releitura na Perspectiva Civil-Constitucional**. *Revista Direito e Liberdade*; Vol 14, N° 1 (Ano 2012). Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/487](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/487)>. Acesso em 01 abr. 2016.

STEVENSON, Robert Louis. **O Médico e o Monstro**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual: Aspectos Doutrinários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: Estudos na Perspectiva Constitucional**. 1. ed. 2a tir. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

VASCONCELOS, Camila. Medicina, ética e humanismo. *Revista Bahianest*. Vol VI, N° 2 (Ano 2012). Disponível em: <[http://www.saeb.org.br/revistas/arquivos/2012\\_maio.pdf](http://www.saeb.org.br/revistas/arquivos/2012_maio.pdf) >. Acesso em 01 mai. 2017.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. v.1. 10.ed.Coimbra: Almedina, 2000.

VEATCH, Robert *apud* MOREIRA FILHO, José Roberto. **Relação Médico Paciente**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2745>>. Acesso em: 31 mai. 2016.