

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL
APLICADO**

Elisabete Teresinha Rodrigues da Silva

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: CONSIDERAÇÕES
SOBRE O DEVER DE INFORMAR**

**Porto Alegre
2011**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL
APLICADO

Elisabete Teresinha Rodrigues da Silva

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: CONSIDERAÇÕES
SOBRE O DEVER DE INFORMAR

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientadora: Dra. Claudia Lima Marques.

Porto Alegre
2011

Dedico esse trabalho àqueles que tiveram amor, paciência e compreensão pela minha ausência, em especial ao meu esposo Nelson, que foi, antes de tudo, um amigo e conselheiro de todas as horas.

Agradeço a todos que me apoiaram para a conclusão da especialização e crescimento de vida, especialmente ao meu esposo, à minha família, pelo amor e carinho; a minha orientadora pelos ensinamentos, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul pela oportunidade em conviver em um ambiente acadêmico tão frutífero e aos meus amigos pelo incentivo e força.

“Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente
Viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo
No mundo” (Lulu Santos/Nelson Motta)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do médico no que tange ao adequado cumprimento do dever de informar na relação médico-paciente, a partir de um estudo doutrinário e jurisprudencial.

Para tanto, a monografia foi dividida em quatro capítulos, sendo o primeiro dedicado a tratar da responsabilidade civil no sistema tradicional, onde se faz considerações sobre os pressupostos da responsabilidade civil, suas espécies e suas excludentes.

O segundo capítulo é dedicado à responsabilidade civil nas relações de consumo, onde é abordado, especialmente, o princípio da boa-fé e da transparência, o direito à informação e o dever de informar.

A terceira parte do trabalho é responsável por apresentar a conceituação e a responsabilidade do profissional liberal como fornecedor de serviços, levando-se em conta que o médico assim é considerado, além de apresentar a distinção de obrigações de meio e obrigações de resultado, trazendo à discussão a culpa e a distribuição da prova no direito do consumidor.

No quarto capítulo, a responsabilidade civil médica é apresentada, vislumbrando-se o dever de informar do médico e o consentimento informado, além das exceções aplicáveis ao dever de informar desse profissional, bem como a responsabilidade civil das prestadoras de serviços de saúde que “empregam” o profissional da saúde, sejam elas hospitais, consultórios, clínicas especializadas, complexos hospitalares, casas ou instituições de saúde e, por fim, faz-se a apresentação da conclusão da pesquisa.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do médico. Responsabilidade civil do hospital. Dever de informar. Consentimento informado. Defeitos de informação. Profissionais liberais. Ônus da prova.

ABSTRACT

This paper examines doctor's liability regarding the proper performance of duty to inform in patient physician relationship from a doctrinal and jurisprudential viewpoint. In order to do so, the text is divided into four chapters. The first one is dedicated to dealing with civil liability in standard civil law system. We consider elements of civil liability, its species and its exclusive.

The second chapter is devoted to civil liability in consumer relations. Especially It is discussed the principle of good faith and full disclosure, the right to information and the duty to inform.

Since physicians are considered liberal professionals, chapter three clearly states what a liberal profession is and the civil liabilities of them as service providers. Besides distinction between obligation of means and obligation of results are made by discussing guilt and burden of proof in consumer law.

In the forth chapter, medical liability is presented aiming doctor's duty to inform and the informed consent. Moreover, we study exceptions of doctors duty to inform as well as liabilities of health service providers, like hospitals, offices, clinics, hospital complexes and health. Finally, concluding remarks are made.

Key Words: Civil liability, Doctor's Civil liability, Hospital Civil liability, Duty to inform, Informed consent, Information defects, Liberal professionals, Burden of proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA TRADICIONAL: CONSIDERAÇÕES, PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES.....	11
1.1 Responsabilidade Contratual ou Extracontratual	14
1.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	15
1.3 Responsabilidade Direta e Indireta	18
1.4 Excludentes de Responsabilidade	19
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	21
2.1 O Princípio da Boa-Fé e da Transparência	26
2.2 O Direito à Informação e o Dever de Informar.....	34
3 O PROFISSIONAL LIBERAL COMO FORNECEDOR.....	43
3.1 Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado	46
3.2 A Culpa e a Distribuição da Prova no Direito do Consumidor	52
4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	55
4.1 O dever de Informar do Médico: o Consentimento Informado e a Falha no Dever de Informar	60
4.2 Responsabilidade Civil do Hospital	71
4.3 Exceções Aplicáveis ao Dever de Informar e ao Consentimento Informado	75
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

A relação entre o médico e paciente passou por diversas transformações ao longo dos anos, acompanhando a nova realidade do mundo moderno e a conseqüente massificação das relações sociais.¹

Essas mudanças são percebidas tanto nos avanços tecnológicos advindos da medicina moderna, onde, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cresceram tanto as oportunidades de ação do médico e, conseqüentemente, os riscos, quanto na maior preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da pessoa humana e a autonomia do paciente.²

Quando o paciente contrata a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, ele será considerado um consumidor dos serviços oferecidos por este profissional. De outro lado, quando o profissional “oferece seus conhecimentos de forma remunerada a uma gama de consumidores” se enquadra na definição de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a relação médico-paciente é compreendida como uma relação de consumo³

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um abrangente sistema de proteção ao consumidor em relação à qualidade dos produtos e serviços⁴ colocados

¹ A respeito da massificação das relações contratuais, veja o capítulo **Crise na massificação das relações contratuais** in MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.163 ss.

² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica, São Paulo, v.45, n.231, p.122-147, janeiro de 199, p.123.

³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.33.

⁴ O termo qualidade, segundo Octávio Luiz Motta Ferraz, compreende todas as características que poderão afetar a prestabilidade e a segurança de um produto ou de um serviço adquirido/contratado pelo consumidor. A partir destas características da qualidade de produto ou de serviço, foram estabelecidos deveres de segurança e deveres de prestabilidade a serem

no mercado⁵, sendo que, nas relações entre profissionais liberais e consumidores são aplicados os mesmos princípios protetivos do consumidor, entre eles, da boa-fé, o da transparência e o da informação.⁶

O caráter dinâmico das relações negociais, característica da sociedade de consumo atual, faz com que o dever de informar assuma papel relevante nas relações de consumo, pois é com base nas informações recebidas que o consumidor fará sua escolha sobre a necessidade, adequação, vantagens e possibilidade de adquirir determinado produto ou serviço, bem como tomará conhecimento das características do produto ou do serviço e do negócio, da forma de pagamento, de modo consciente e esclarecido e, em contrapartida, é por meio da informação que o fornecedor deve corresponder à confiança nele depositada pelo consumidor.⁷

O presente estudo, pelo que se propõe, justifica-se pela relevância do tema, tendo em vista que a falta de prestação de informação ao paciente pelo médico significa desrespeito à autonomia da vontade, caracterizando o “inadimplemento de um dever básico dos médicos e um direito fundamental dos consumidores: o acesso à informação.”⁸

cumpridos pelos fornecedores. in FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.22.

⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.21.

⁶ RIBAR, Georgia. **O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 2003. p.71.

⁷ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.168.

⁸ Claudia Lima Marques. Apresentação in BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.16.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA TRADICIONAL: CONSIDERAÇÕES, PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa.⁹

A responsabilidade “faz parte da própria essência do direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de Direito que ninguém pode causar dano a outrem.”¹⁰, refere Sergio Cavalieri Filho.

Segundo Octávio Luiz Motta Ferraz, a vingança coletiva parece ter sido o grande antecedente das situações de responsabilidade, que se desenvolveu em duas direções: no sentido de se individualizar a responsabilidade e de evitar a guerra e, mais tarde, com a possibilidade de se substituir a entrega do ofensor pelo pagamento de compensação pecuniária, à escolha da vítima.¹¹

Dessa forma, verifica-se que o instituto da responsabilidade civil é algo contemporâneo, dado que surge pela primeira vez no final do século XVIII, no âmbito do direito revolucionário francês, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa.¹²

Foi a partir do advento da sociedade industrial, “caracterizada pelo maquinismo, incremento e complexidade das relações pessoais nos grandes conglomerados urbanos, produção em série, consumo padronizado” e a conseqüente nova ordem social, que multiplicou as situações e ampliou a extensão

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4), p1.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.22-23.

¹¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.3.

¹² VENOSA, op. cit., p2.

e gravidade dos danos à pessoa e à propriedade, que fez nascer o instituto da responsabilidade civil.¹³

Caio Mário da Silva Pereira afirma que a “responsabilidade civil consiste na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”¹⁴ e tem como função resguardar os interesses, os direitos e as obrigações do homem na sociedade¹⁵ e, na sociedade pós-moderna, “possui papel fundamental para resolução de conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção do direito individual coletivo e difuso”, conforme ressalta Roberto Senise Lisboa.¹⁶

Octávio Luiz Motta Ferraz defende que a responsabilidade civil possui função dúplice: “a prevenção de comportamentos anti-sociais (potencialmente danosos) e a reparação dos danos eventualmente decorrentes desses comportamentos.”¹⁷

Sob essa noção, “todo indivíduo mentalmente sadio e capaz responde por prejuízos cometidos a outrem, mediante dolo ou por atuação negligente, imperita ou imprudente”¹⁸, na lição de Delton Croce Júnior.

Para tanto, “os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial¹⁹ e moral violado”²⁰, ou seja, pressupõe que, caracterizada a

¹³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.6.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.16.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4) p.1.

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.256.

¹⁷ FERRAZ, op. cit., p.2.

¹⁸ CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.3.

¹⁹ Carlos Roberto Gonçalves afirma que a responsabilidade civil é patrimonial, pois “é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.” GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.20

²⁰ Sílvio de Salvo Venosa observa que a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, como apontado pela Constituição Federal de 1988, foi acrescentada no texto do Código Civil de 2002 (art. 186). VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4) p.3.

responsabilidade, “o agente deverá ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima.”²¹

Nesse sentido, José de Aguiar Dias ensina que a causa geradora da responsabilidade civil é “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano.”²²

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre fato culposo e o mesmo dano.”²³

Para Ruy Rosado de Aguiar Junior os pressupostos da responsabilidade civil decorrente da ação humana são a existência de conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade).²⁴

Ressalte-se que o elemento nuclear da responsabilidade é uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, conforme esclarece Sergio Cavalieri Filho, e, por isso, “torna-se possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta”²⁵, conforme fez Maria Helena Diniz²⁶ ao dispor das espécies, conforme a perspectiva em que se analisa:

a) quanto ao fato gerador (fonte): responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual;

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.133.

²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.1., 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.41.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.4.

²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica, São Paulo, v.45, n.231, p.122-147, janeiro de 199, p.124.

²⁵ Na concepção de Sergio Cavalieri Filho, dever jurídico é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008 p.2 e 13.

²⁶ DINIZ, op. cit., p.128.

- b) em relação ao seu fundamento: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva;
- c) em relação ao agente: responsabilidade direta e responsabilidade indireta.

1.1 Responsabilidade Contratual ou Extracontratual

A grande questão para definir se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, explica Sílvio de Salvo Venosa, “é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral.”²⁷

A responsabilidade contratual, modernamente mais aceita como negocial, advém de um descumprimento de dever gerado em um negócio jurídico²⁸ e cuida do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos.²⁹

Já responsabilidade extracontratual, ensina Carlos Roberto Gonçalves, não deriva de contrato; decorre de infração de um dever legal, não necessitando existir nenhum vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.³⁰ Assim também trata Sergio Cavalieri Filho, ao afirmar que “se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.”³¹

Sergio Cavalieri Filho explica que não há uma divisão estanque no sistema jurídico brasileiro entre responsabilidade contratual e extracontratual (teoria unitária ou monista³²). Afirma o autor que “há uma verdadeira simbiose entre esses dois

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil. 10.ed.** São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4) p.22.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil. 8.ed.** São Paulo: Atlas, 2008, p.15.

²⁹ VENOSA, op. cit., p.6.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002, p.26.

³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.15.

³² Carlos Roberto Gonçalves afirma que os adeptos da tese unitária ou monista “entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresentem a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos”. GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2002, p.26.

tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.”³³

1.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Caio Mário da Silva Pereira chama a atenção a respeito da polêmica existente sobre a determinação do fundamento da responsabilidade civil quando nem mesmo há dúvida sobre se é responsável o ofensor, mas “por que é responsável o causador do dano.”³⁴

Para responder a esse questionamento, o autor afirma que a fundamentação da responsabilidade civil se divide em “duas teorias que se combatem: de um lado a doutrina subjetiva ou teoria da culpa e, de outro, a doutrina objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa).”³⁵

Dessa forma, conforme o fundamento que se dê a responsabilidade, “a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano”³⁶, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves.

O art. 159 do Código de 1916 e o art. 186 do Código em vigor elegeram a culpa como o cerne da responsabilidade subjetiva, que norteia a responsabilidade civil no direito brasileiro.³⁷

Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho, “a idéia da culpa está visceralmente ligada à responsabilidade [...] por essa concepção clássica, a vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna.”³⁸

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.16.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.18.

³⁵ *Ibidem*, p.18.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4) p.27.

³⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.16.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ensina que o princípio da culpa indica que ninguém pode ser obrigado a ressarcir um dano se não foi o seu causador, agindo de maneira intencional (dolo) ou descuidada (culpa *stricto sensu*).³⁹

A respeito dos pressupostos para caracterizar a responsabilidade subjetiva, na classificação feita por Sergio Cavalieri Filho, compõem-se de um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico, mediante conduta voluntária; de um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa, e de um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.⁴⁰

Octávio Luiz Motta Ferraz ensina que o princípio que estabelecia “nenhuma responsabilidade sem culpa” prevaleceu intocado no Direito ocidental até o final do século XIX.⁴¹ Porém, com as novas situações originadas pela sociedade industrial, onde o prejuízo advinha, muitas vezes, de um risco inevitável da atividade desenvolvida e não de um comportamento, imprudente ou negligente, a culpa como fundamento do dever de indenizar, quer seja por ato próprio, quer seja por ato de terceiro, foi, na visão de José Fernando Simão, gradativamente abandonada⁴², pois em determinadas situações, a prova da culpa pela vítima se faz impossível, fazendo com que esta suporte sozinha o prejuízo sem reparação.

Sílvio de Salvo Venosa assim também se posiciona, fazendo referência à “tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar.”⁴³

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.42.

⁴⁰ Sérgio Cavalieri Filho chama atenção para o fato de que esses três elementos apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva estarem identificados no art. 186 de Código Civil e explica: “a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’.” CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.18.

⁴¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.5.

⁴² SIMÃO, José Fernando. **Fundamentos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor** in SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.95.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A responsabilidade objetiva, também nominada teoria do risco, em sentido oposto à responsabilidade subjetiva, não tem como pressuposto a culpa, mas é embasada, conforme explica Roberto Senise Lisboa, “na idéia de risco da atividade, respondendo o agente independentemente da existência de culpa”⁴⁴, o que faz com que a pessoa que lucra com determinada atividade suporte “com as desvantagens ou riscos resultantes da atividade que lhe confere o risco.”⁴⁵

Paulo de Tarso Veira Sanseverino afirma que a responsabilidade objetiva se fundamenta na noção de risco social, que seria o risco implícito em determinadas atividades (indústria, meios de transporte de massa, fontes de energia).⁴⁶

A teoria do risco estabelece que toda pessoa a qual exerça atividade que cria um risco de dano para terceiro, e, em caso de ocorrência de dano a outrem, é obrigada a repará-lo, mesmo que a conduta seja sem culpa. Nesse caso, explica Carlos Roberto Gonçalves, “a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como 'risco-proveito’”, onde o dano é reparável em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável.⁴⁷

Conforme Roberto Senise Lisboa, para que seja imputada a responsabilidade objetiva, é necessária “a conclusão leal ou jurisprudencial de existência do risco da atividade praticado pelo agente, que aliado ao nexos de causalidade, acarretou o dano sofrido pela vítima.”⁴⁸

Sobre a necessidade de previsão legal para que a responsabilidade seja apurada sem levar-se em conta a culpa, Sergio Cavalieri Filho ensina que:

(Coleção Direito Civil; v.4), p6.

⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.327.

⁴⁵ *Ibidem*, p.328.

⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.47.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.23.

⁴⁸ LISBOA, op. cit., p.328.

Enquanto a responsabilidade com culpa foi a regra geral, a responsabilidade objetiva teve de ir sendo admitida aos poucos, apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei. Por mais sedutora que fosse a teoria do risco em qualquer uma de suas modalidades, e por maior que fosse a autoridade dos juristas que a sustentavam, só pode ser adotada na medida que a lei lhe abriu as portas.⁴⁹

Importante ressaltar que o art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil, adotou a teoria objetiva, dispondo que, independentemente de culpa, responde aquele que causar dano a outrem por ato ilícito.

1.3 Responsabilidade Direta e Indireta

De acordo com os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa, a responsabilidade direta é a oriunda de conduta cometida pelo próprio sujeito sobre a qual recai a responsabilidade. Em contraponto, a responsabilidade indireta é aquela que se origina de conduta cometida por terceiro (pessoa com a qual o agente mantém vínculo legal de responsabilidade) ou por animal ou coisa (sob sua guarda) que se relaciona ao sujeito sobre o qual recai a imputabilidade.⁵⁰

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino analisa a evolução da consideração do princípio da culpa para imputar responsabilidade a fornecedor de produtos e serviços. Nesta análise, o autor constata que, primeiramente, houve ampliação do conceito de culpa, com alargamento do elemento objetivo (atentado ilegal ao direito alheio) em detrimento do elemento subjetivo (psicológico). Posteriormente, passou-se a utilizar a presunção legal de culpa (*juris tantum* e, até mesmo *juris et de jure* – presunção absoluta de culpa). Mais tarde, a noção de culpa passa a ser examinada em abstrato, deixando de lado a apreciação individual e concreta da responsabilidade do agente. Finalmente, chega-se à inversão do ônus da prova,

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.140.

⁵⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.276.

onde a vítima é liberada da prova da culpa do agente, consagrando a responsabilidade objetiva; dessa forma, dispor o elemento culpa do suporte fático do ato ilícito era uma questão de tempo.⁵¹

1.4 Excludentes de Responsabilidade

Sílvio de Salvo Venosa ensina que “são excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.”⁵²

a) culpa exclusiva da vítima

Conforme ensina Maria Helena Diniz, quando há culpa exclusiva da vítima pelo dano, “a vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão.”⁵³

A autora esclarece que, no caso de culpa concorrente, há possibilidade de adotar vários critérios, “como o da compensação de culpas; o da divisão proporcional dos prejuízos; o da gravidade da culpa de cada um (art. 945, CC); o do grau de participação na causação do resultado.”⁵⁴

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.44.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4), p58.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.114. Assim: Apelação Cível Nº 70038946430, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 28/07/2011. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABORDAGEM POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONDOTA ABUSIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART.37, §6º DA CF. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Ainda que aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, não há falar em indenização por dano moral, quando não verificada qualquer conduta abusiva dos policiais militares. Conjunto probatório que aponta no sentido de que os fatos ocorridos deram-se essencialmente em razão da própria conduta indevida do autor.

⁵⁴ *Ibidem*, p.114.

b) por fato de terceiro

É regra que difere da norma estabelecida pelo art. 186 do CC, que atribui ao causador do dano a responsabilidade pela reparação, pois a lei estabelece casos em que o agente irá suportar as conseqüências por fatos de terceiros⁵⁵, independente de culpa deste⁵⁶, como é o caso dos arts. 932 combinado com o 933 do Código Civil.

c) caso fortuito e força maior

Segundo Sílvio de Salvo Venosa⁵⁷, o caso fortuito é decorrente das forças da natureza (temporais, inundações), enquanto e a força maior de atos humanos inelutáveis (guerras, greves).⁵⁸

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.126.

⁵⁶ Assim: Recurso Cível Nº 71002150894, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 13/05/2010. EMENTA: CONSUMIDOR. HOSPEDAGEM. PAGAMENTO ANTECIPADO. FURTO DE PERTENCES DO HÓSPEDE. DIREITO À RESCISÃO DO CONTRATO COM A DEVOLUÇÃO DO VALOR ADIANTADO. SERVIÇO NÃO PRESTADO. RECURSO GENÉRICO. SENTENÇA MANTIDA.

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil. 10.ed.** São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Civil; v.4), p58.

⁵⁸ Assim: Recurso Cível Nº 71002928695, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 14/07/2011. EMENTA: CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE PACOTE TURÍSTICO. VIAGEM DE LUA DE MEL A CURAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. HOTEL COM PÉSSIMAS INSTALAÇÕES, CONTRAPONDO-SE AO INFORMADO PELA AGÊNCIA DE VIAGENS. INUNDAÇÃO DO QUARTO DOS AUTORES. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO AFASTADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. QUANTUM MANTIDO. I. Tratando-se de reparação de danos provocados ao consumidor por serviço defeituoso, aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do CDC. II. Percalço durante viagem a Curaçao quanto à qualidade das acomodações, restando indubitosa a falha do serviço. III. A alegação de caso fortuito e força maior (fortes chuvas cuja infraestrutura da ilha não suportou) não resta minimamente provada. IV. Dano material. Não comprovação de que os autores foram trocados de quarto. Dano material corretamente arbitrado, consiste na devolução da importância de R\$ 5.220,82 (cinco mil duzentos e vinte reais e oitenta e dois centavos) equivalente aos quatro dias do pacote no Hotel de Curaçao. Sentença confirmada por seus fundamentos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A evolução das relações sociais, o surgimento do consumo em massa e dos conglomerados econômicos fez com que os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não fossem suficientes para reger as relações humanas, sob determinados aspectos.⁵⁹

Nesse novo cenário, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que, na verdade, foi criado por expressa determinação constitucional (artigo 48 do ADCT) pelo reconhecimento da defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio constitucional relacionado à ordem econômica (art. 170, V, da CF/88).⁶⁰

O Código de Defesa do Consumidor disciplina a relação entre consumidores e fornecedores, atribuindo-lhes direitos e deveres e tem como fim reequilibrar as relações de consumo, harmonizando as relações contratuais.⁶¹

Nesse sentido, Ênio Santrelli Zuliani afirma que o Código de Defesa do Consumidor “foi promulgado para humanizar as relações comerciais, e, para democratizá-las, criou a igualdade jurídica entre os contratantes.”⁶²

Na opinião de Sílvio de Salvo Venosa, o Código de Defesa do Consumidor representou “não só uma revolução na responsabilidade civil, mas também um divisor de águas do próprio direito brasileiro”, onde haveria um direito anterior e um direito posterior à promulgação do Código de Defesa do Consumidor.⁶³

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.30.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima Prefácio *in* FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.15.

⁶² ZULIANI, Ênio Santrelli. **Direitos básicos do consumidor** *in* SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.31.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Para Sergio Cavalieri Junior, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor provocou uma revolução no Direito Obrigacional, principalmente “em relação à responsabilidade civil, estabelecendo responsabilidade objetiva em todos os acidentes de consumo, quer decorrentes de fornecimento de produtos (art.12) quer de serviços (art. 14).”⁶⁴

Na visão do autor, “[...] como tudo ou quase tudo em nossos dias tem a ver com consumo, é possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil – a responsabilidade nas relações de consumo” e acredita que hoje a responsabilidade civil é dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.⁶⁵

Assim, citando Claudia Lima Marques, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor foi criado “para permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores.”⁶⁶

Octávio Luiz Motta Ferraz defende que o sistema de responsabilidade civil, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, tem como alicerce “os deveres de segurança, prestabilidade e informação impostos aos fornecedores para a proteção da vida, saúde, propriedade e interesses econômicos dos consumidores.”⁶⁷

Para tratar de relação de consumo, é importante conceituar os personagens envolvidos nesta relação, quais sejam: o consumidor e o fornecedor, bem como seu objeto, produto ou serviço oferecido/comercializado pelo fornecedor ao consumidor, sendo estes conceitos considerados relacionais, pois só existe fornecedor se existir consumidor, assim como produto ou serviço.⁶⁸

(Coleção Direito Civil; v.4), p.255.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.299,

⁶⁵ *Ibidem*, p.17

⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor** in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.45.

⁶⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.23.

⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.84.

O conceito de consumidor não é definido apenas por um artigo, mas está disposto no art. 2º, caput, e parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC⁶⁹, “e não é definido apenas sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo” conforme leciona Claudia Lima Marques.⁷⁰

Bruno Miragem entende que consumidor pode ser pessoa física ou jurídica “que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro.”⁷¹

O autor admite, em caráter excepcional, que possam ser considerados consumidores com a finalidade da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, nas relações com agentes econômicos de pequeno porte, se comprovadamente vulneráveis, desde que não tenham o dever de conhecimento sobre as características de determinado produto ou serviço e a respeito das conseqüências de determinada contratação.⁷²

O conceito de fornecedor encontra-se estabelecido no art. 3º do CDC, qual seja:

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.

⁶⁹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. **A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor** in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.69. Ver também conceito de consumidor, teorias finalista e maximalista in MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.303-393

⁷¹ MIRAGEM, op. cit., p.85.

⁷² *Ibidem*, p.87.

A definição de produto vem disposta no art. 3º, §1º, do CDC, como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço no art. 3º, §2º, do CDC, como “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.”

Dessa forma, conforme explicam Schmitt e Barbosa, a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, “está ligada à garantia legal de segurança e adequação de produtos e serviços postos à disposição do consumidor no mercado (artigos 8º e 24 do CDC, respectivamente).” Para os autores, a exigência da qualidade está ligada tanto à segurança do produto ou do serviço, como à sua adequação, “sendo um ônus natural de toda a cadeia de fornecedores e advém da existência de uma atividade de produção, fabricação, distribuição, prestação e venda.”⁷³

Quanto ao conceito de “defeito do serviço”, com base no estabelecido pela Diretiva 85/374/CEE da União Européia⁷⁴, encontra-se disposto no art. 14, §1º, do CDC, *in verbis*:

Art. 14 [...]

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido.

⁷³ SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.45.

⁷⁴ A Diretiva 85/374/CEE da União Européia assim definiu no seu art. 6.º: 1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: a) A apresentação do produto; b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar; c) O momento de entrada em circulação do produto. 2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples fato de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado. Disponível em: <<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=967227>>, acesso em 09 ago. 2011.

Alerta Octávio Luiz Motta Ferraz que não há uma definição fechada do conceito de defeito na lei, aplicável automaticamente a qualquer caso concreto, portanto é necessário que se analise o caso concreto e circunstâncias de fornecimento do produto ou do serviço.⁷⁵

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino afirma que defeitos de produtos (abrangidos aí também serviços) podem estar caracterizados em todas as etapas da prestação do serviço e podem ser classificados de diversas formas, com diversas denominações, no entanto, a melhor classificação abrange os defeitos de projeto, defeitos de construção, defeitos de desenvolvimento e defeitos de informação.⁷⁶

Nesse sentido, Antônio Herman V. Benjamin conceitua defeito como “elemento que detona a responsabilidade civil objetiva do prestar de serviço, ao causar um acidente de consumo”, sendo que alguns tipos de serviços, como o de transportes, de lazer, de saúde, têm maior potencial para causar acidentes de consumo e assim define as etapas em relação à prestação:

O defeito de prestação se contrapõe ao de fabricação no caso de produtos, manifesta-se no ato da prestação do serviço, é um desvio de um padrão de qualidade fixado, antecipadamente; o defeito de concepção surge na própria formulação do serviço, na escolha dos seus métodos e na fixação de seu conteúdo; o defeito de comercialização nos serviços decorre de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.⁷⁷

⁷⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.28.

⁷⁶ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino explica que defeitos de projeto ou concepção abrangem os erros e deficiências ocorridos na fase de planejamento e idealização do produto ou serviço; os defeitos de execução surgem na fase da fabricação, montagem, manipulação, acondicionamento, construção, produção ou prestação do serviço, independente de não haver erro no projeto, pode haver erro na execução. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.143-144.

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Fato do produto e do serviço** in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.138.

Quanto aos pressupostos para apurar a responsabilidade civil nas relações de consumo envolvendo acidentes de consumo (abrangidos os danos causados por produtos ou serviços defeituosos que se apresentam perigosos no mercado de consumo), são identificados a partir das normas dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸, quais sejam: o defeito do produto ou do serviço; o nexo de imputação, o dano patrimonial e extrapatrimonial; a relação de causalidade entre defeito e dano.⁷⁹

Em relação às excludentes da responsabilidade civil envolvendo relação de consumo, Antônio Herman V. Benjamin afirma que são: a não-colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, §3º⁸⁰), sendo atribuído o ônus da prova ao responsável legal. Sobre o caso fortuito ou força maior, sem menção no Código de Defesa do Consumidor ou negação como excludentes de responsabilidade civil, o autor acredita que não foi afastado, mantendo-se para elidir o dever de indenizar.⁸¹

2.1 O Princípio da Boa-Fé e da Transparência

⁷⁸ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem,, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.119.

⁸⁰ “§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

⁸¹ BENJAMIN, op. cit., p.115.

A boa-fé que interessa ao estudo do direito obrigacional é a boa-fé objetiva, que impõe comportamentos e deveres a serem observados pelos parceiros negociais.⁸²

Antes de adentrar na matéria, convém esclarecer também o conceito de boa-fé subjetiva, que se relaciona intimamente com a vontade da pessoa, é encontrada na consciência do ser, se refere a elementos psicológicos intrínsecos do sujeito, relaciona-se com o convencimento de estar agindo de forma correta⁸³ e vem contraposta ao conceito de má-fé⁸⁴.

É difícil precisar cronologicamente o início da tutela da boa-fé no sistema jurídico, mas vale citar que o Código de Hamurabi, de 1750 a.C.⁸⁵ já continha disposições referentes ao princípio da boa-fé, assim como outros dispositivos ao longo do tempo, entre eles, destacam-se o Código Civil francês (*Code Napoléon*), de 1804, e o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*)⁸⁶, de 1900.

Relativamente ao direito brasileiro, o Código Comercial, de 1850, já fazia referência à boa-fé na interpretação das cláusulas do contrato⁸⁷, mas foi a Lei nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor, que consagrou os princípios da

⁸² USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.75.

⁸³ SCHIER, Flora Margarida. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2009, p.38.

⁸⁴ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.122.

⁸⁵ A Cláusula 11 determinava que “Se o proprietário não trouxer testemunhas para identificar o artigo perdido, então ele está mal-intencionado, e deve ser condenado à morte.”. A sentença tratava como “mal-intencionado” como hoje é tratado aquele que não age de boa-fé. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>>. Acesso em 09 jul. 2011.

⁸⁶ O §242 do BGB, que assim dispunha: “O devedor é obrigado a cumprir a sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico.”

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no código Civil de 2002**. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (orgs.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.217.

função social dos contratos e da boa-fé objetiva que, mais tarde, foram abrigados pelo Código Civil brasileiro de 2002.⁸⁸

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé, segundo Teresa Negreiros, se “assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado”; segundo a autora, “[...] é possível conduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.”⁸⁹

Nesse sentido, conclui a autora, a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade humana, na medida em que percebe as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes.⁹⁰

Antes disso, mesmo sem a legislação abarcar o princípio da boa-fé expressamente, este era compreendido como princípio subjacente, conforme análise de Clóvis do Couto e Silva, na obra **Obrigação como processo**.⁹¹

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino conceitua a boa-fé objetiva como um “modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade”⁹² portanto, a boa-fé é um princípio norteador do direito privado e do direito contratual⁹³ que passa “a exigir das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação.”⁹⁴

⁸⁸ “Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁸⁹ NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.117.

⁹⁰ *Ibidem*, p.117.

⁹¹ Clóvis Couto e Silva afirma que o princípio da boa-fé não foi consagrado em artigo expresso no Código Civil Brasileiro, “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.” *In* COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.33.

⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.63.

⁹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Proteção contratual**. *in* BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES,

Para SCHMITT e BARBOSA, a boa-fé inclui, na relação, de forma autônoma, deveres às partes, independentemente de sua vontade, podendo ser agrupados em: dever de lealdade, que impõe comportamentos tendentes à realização do objeto do negócio, proibindo-se falsidades ou desequilíbrios; também impõe dever de colaboração, consistente, em síntese, em bem informar o outro contratante, e impõe o dever de proteção, a fim de evitar a ocorrência de danos mútuos.⁹⁵

Por conseqüência, no direito civil brasileiro, o princípio da boa-fé é cláusula geral⁹⁶ não-normatizada, que demanda um comportamento fundado na lealdade dos contratantes, devendo cada um respeitar os interesses do outro. “Pela boa-fé, a obrigação é entendida com uma ordem de cooperação.”⁹⁷

Nesse sentido, a boa-fé representa regra de conduta⁹⁸ adequada às relações negociais, correspondendo às expectativas legítimas que as partes depositam na

Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.283.

⁹⁴ *Ibidem*, p.283

⁹⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.55.

⁹⁶ Sobre o tema assim se manifesta Arnaldo Wald: “A regra da boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para alcançar resultados justos e adequados.” Wald, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.212.

⁹⁷ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.61.

⁹⁸ Assim: Apelação Cível nº 70002840445, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 29/05/2003. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS - LIMITAÇÃO. EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. [...] 2. A espinha dorsal do vínculo jurídico que une os sujeitos na relação obrigacional reside na recíproca confiança, derivada da *bona fides* romana, que envolve os sujeitos da relação jurídica. Esta confiança, conjuntamente com o dever de conduta, forma a **boa-fé objetiva**, composta por uma **regra de conduta, socialmente indicada, cujo paradigma é construído por padrões de correção, lisura e honestidade, inseridos na consciência do homem médio**.[...] (grifei)

negociação, “lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa [...], repercutindo sobre os demais princípios [...]”⁹⁹

A respeito da boa-fé como cláusula geral, o entendimento de Arnold Wald é esclarecedor:

A regra de boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais a exigências do mundo de relações da alteração dos seus valores no tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para alcançar resultados justos e adequados.¹⁰⁰

Leonardo Roscoe Bessa entende que as funções essenciais do princípio da boa-fé podem ser identificados como 1) diretriz ou critério hermenêutico; 2) criação de deveres jurídicos denominados anexos, conexos, laterais ou acessórios;¹⁰¹ 3) limitação do exercício de direitos subjetivos e esclarece que, como diretriz hermenêutica, a boa-fé objetiva determina a interpretação dos contratos “em consonância com uma esperada lealdade e honestidade entre as partes.”¹⁰²

⁹⁹ NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116.

¹⁰⁰ WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.212. Assim também Couto e Silva que afirma que “o mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.” In COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.33.

¹⁰¹ Sobre deveres anexos, conexos, laterais ou acessórios, Ricardo Luis Lorenzetti ensina que “los deberes colaterales no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe. Su existencia abarca el período precontractual, contractual y poscontractual.” in LORENZETTI, Ricardo Luis. **Una teoría sistémica del contrato**. In LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.20.

¹⁰² Art. 113 do CC/2002 determina que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforma a boa-fé aos usos do lugar de sua celebração”, já o art. 47 do CDC determina que as cláusulas serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. BESSA, Leonardo Roscoe. **Proteção contratual**. in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.284.

A função criadora dos deveres anexos pressupõe que os deveres da boa-fé vão além das cláusulas contratuais e independem de manifestação de vontade das partes e relacionam-se com informação, cuidado, segurança, colaboração; já a função limitadora do exercício de direitos subjetivos “funciona como parâmetro para valorar a conduta das partes de modo a concluir pela arbitrariedade do exercício de determinado direito, ou seja, da prática do abuso de direito.”¹⁰³

Para Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a boa fé tem duas funções fundamentais por ela exercidas: função integrativa e função de controle. O autor explica que, na função integrativa, a boa-fé estabelece deveres para as partes na sua vida de relação, que, se violados, ensejam a obrigação de indenizar, como ocorre com os deveres de informação, de sigilo (ou confidencialidade), de proteção.¹⁰⁴

Luís Renato Ferreira da Silva explica que as obrigações advindas da contratação podem ser obrigações principais e obrigações secundárias e que a boa-fé “enriquece este conjunto de obrigações e deveres, criando outras que não estão necessariamente previstos em lei ou no contrato, mas que surgem por conta do modo de agir dos contratantes” e que os deveres anexos “por não integrarem o contrato ou o texto legal, orbitam na relação contratual ao lado, como um anexo, dos deveres e obrigações principais e secundárias.”¹⁰⁵

Essa afirmação pressupõe que, mesmo não havendo previsão expressa de conduta em conformidade com a boa-fé (contratual ou legal), há obrigatoriedade do seu cumprimento, tendo como base a boa-fé objetiva.¹⁰⁶

¹⁰³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Proteção contratual**. in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.285.

¹⁰⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.63.

¹⁰⁵ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Princípios do direito contratual no Código de Defesa do Consumidor** In LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.20.

¹⁰⁶ Jorge Cesar Ferreira da Silva destaca que os deveres da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo jurídico da relação, assim como participa desse mesmo conteúdo toda normatividade legal não declarada ou querida pelas partes. SILVA, Jorge Cesar

Clovis Couto e Silva ensina que, a partir da regra da boa-fé, “nascem deveres acessórios de proteção, como a lealdade e a informação, que não resultam da vontade das partes. Esses deveres também são denominados de deveres anexos ou instrumentais.”¹⁰⁷

A terminologia deveres anexos não diminui a importância desses deveres, pois são os responsáveis não só pelo cumprimento perfeito da obrigação principal, mas pela satisfação dos interesses globais envolvidos. Fernanda Nunes Barbosa explica que esses deveres são aplicados nas relações negociais¹⁰⁸, mesmo antes de existir a relação obrigacional contratual, por meio da boa-fé como norma de comportamento.¹⁰⁹

A boa-fé possibilita a inclusão de deveres entre as obrigações contratuais, fazendo com que o descumprimento dessas obrigações caracterize inadimplemento contratual (por falta de cumprimento de um dos deveres anexos), na verdade, importa conduta honesta, leal e correta aos contratantes.¹¹⁰

A boa-fé é dever paralelo de conduta que deve ser observado em todas as relações, inclusive, e principalmente, nas de consumo.¹¹¹ No direito do consumidor, a boa-fé serve de parâmetro de validade nos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos, independentemente da vontade das partes¹¹².

Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.54.

¹⁰⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.37.

¹⁰⁸ Assim: Apelação Cível Nº 70032582421, Tribunal de Justiça RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Publicação: Diário da Justiça: 15/04/2010 Contrato de Transporte Aéreo. Ação Coletiva de Consumo. [...] A atuação da concessionária de serviço não se esgota na prestação da obrigação principal, impondo-se que preste as informações atinentes a todas as etapas da relação jurídica obrigacional (**fases pré-contratual, contratual e pós-contratual**) vislumbrada como um processo e uma totalidade, as quais podem ser utilizadas com desiderato de evitar danos em geral aos usuários/consumidores em suas relações [...].

¹⁰⁹ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p,111.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6903>>. Acesso em: 31 dez. 2010.

¹¹¹ ZULIANI, Ênio Santrelli. **Direitos básicos do consumidor** in SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.30

¹¹² BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São

Claudia Lima Marques afirma que, genericamente, a boa-fé é um princípio máximo orientador do CDC,¹¹³ oriunda da nova teoria contratual, sendo a previsão expressa do princípio da boa-fé objetiva considerada uma das grandes novidades do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III, e art. 51, IV¹¹⁴)¹¹⁵ e esclarece que o princípio geral de boa-fé (art. 4º, III, CDC) “estipula um mandamento de boa-fé (objetiva) a guiar todas as condutas, em especial a do fornecedor de serviços, como atividade necessariamente leal, cooperativa, informativa, transparente.”¹¹⁶

Antônio Carlos Efing assinala que, no sistema brasileiro de proteção do consumidor, “a boa-fé se apresenta de diversas formas e pode ser perfeitamente descrita como informação e transparência (que tem o significado de informação qualificada).”¹¹⁷

Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.95.

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.799.

¹¹⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: 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 quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” Leonardo Roscoe Bessa explica que, o equilíbrio econômico é um direito básico do consumidor e, através dele, pretende-se a existência de relativa proporção entre a prestação e a contraprestação razoável para alcançar uma relação contratual justa.

“Art. 51. 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;”

¹¹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Proteção contratual**. in BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.283.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.4), p.693.

¹¹⁷ Antônio Carlos Efing in Prefácio SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto**

2.2 O Direito à Informação e o Dever de Informar

O princípio básico da boa fé objetiva oferece uma nova dimensão ao direito de informar previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que se refere às obrigações contratuais como às extracontratuais¹¹⁸ e faz com que se observe uma série de deveres a serem atendidos pelos contratantes, sem que haja necessidade de previsão expressa em contrato, como colaboração, lealdade e respeito com o parceiro contratual.

O direito à informação ingressa no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992.

Art. 13 - Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.¹¹⁹

Segundo Fernanda Nunes Barbosa, a reestruturação da ciência jurídica devido à constitucionalização do direito privado¹²⁰, com o reconhecimento da centralização do ordenamento jurídico nas Constituições, das quais emanam os princípios fundamentais que regem todo o conjunto normativo, e a teoria do diálogo

fundamental do dever de informar. Curitiba: Juruá, 2009, p.15.

¹¹⁸ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.95.

¹¹⁹ Brasil. Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>, acesso em 01 Mai. 2011.

¹²⁰ Sobre constitucionalização do direito privado ver FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexão histórico-evolutivas sobre constitucionalização do direito privado** in SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.13-62.

das fontes¹²¹ apontam para “o reconhecimento da pessoa humana como centro de todo o sistema jurídico”, ampliando, dessa forma, a proteção ao direito à informação do consumidor.¹²²

Sobre liberdade, importante frisar que o direito à informação traz duas características: uma emancipatória – pela liberdade de escolha que proporciona, relativamente aos direitos civis ou políticos, e o de tutela, que é vinculado aos direitos sociais possibilitados.

Na visão de Victor Gentilli, “o direito à informação é [...] um direito em si [...] e assim deve ser compreendido em toda a complexidade que envolve os direitos nas sociedades modernas [...]” e, conseqüentemente, “todos os direitos em alguma medida relacionam-se com o direito à informação.”¹²³

Nesse sentido, também Fernanda Nunes Barbosa, ao afirmar que somente um indivíduo bem informado é capaz de uma atuação social plena e de exercer os diversos papéis que lhe são reservados na convivência social, entre os quais o de consumidor.¹²⁴

Judith Martins-Costa ensina que prestar informações objetiva alcançar “um completo esclarecimento sobre o futuro contrato, seu conteúdo, suas repercussões e riscos, etc. e assim, possibilitar uma deliberação informada para chegar a um consentimento adequadamente esclarecido.”¹²⁵

¹²¹ Foi Cláudia Lima Marques que, com base seus estudos na Alemanha, apresentou ao direito brasileiro a Teoria do Diálogo das Fontes, tal como idealizada pelo jurista germano Erik Jayme, para a aplicação simultânea de diversas fontes legislativas, com campos de aplicação convergentes, não iguais, de forma coerente e coordenada. Claudia Lima Marques trata do assunto *in* BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 411p. (p.87-99)

¹²² BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.41 e 92.

¹²³ GENTILLI, Victor. **Comunicação e política: o conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais**. (Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia. v.3. n.19, 2002) disponível em: <<http://revcom2.portcom.intercom.org.br/index.php/famecos/article/viewArticle/325>>. Acesso em 06 Jun. 2011.

¹²⁴ BARBOSA, op. cit., p.42.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro**. Revista dos

O direito do consumidor, entre os quais se insere o direito à informação, está classificado como direito de terceira geração¹²⁶, concebido nas últimas décadas do século XX.¹²⁷

Fernanda Nunes Barbosa acredita que o reconhecimento do direito à informação como direito fundamental do consumidor “decorre basicamente da verificação de que o consumidor é, antes de tudo, pessoa humana, e como tal não pode ser considerado apenas na sua esfera econômica” sobre a forma de proteção de direitos, assevera que pode se dar “de modo imediato e de modo mediato, protegendo-se a saúde, patrimônio e demais bens de que é titular o consumidor, individual ou coletivamente considerado.”¹²⁸

A respeito da qualidade da informação, Flaviana Rampazzo Soares destaca que “quanto mais eficiente for a linguagem, mais compreensível e acessível for o conhecimento e mais eficaz for sua circulação, maiores serão as chances de proteção do ser humano.”¹²⁹

Tribunais. São Paulo, v. 867, ano 97, p. 11-51, jan. 2008, p.35.

¹²⁶ Norberto Bobbio, na obra **A era dos Direitos**, cunha, pela primeira vez, a divisão dos direitos humanos em gerações, que passou a ser adotada pelos estudiosos do direito em todo o mundo. Como a sociedade vive em constante transformação, vem reconhecendo, a cada dia novos direitos. Direitos de Primeira Geração: Liberdade e Igualdade. São direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de não-intervenção, que compreendem a proteção contra a prisão arbitrária, a violação de domicílio, a quebra do sigilo de correspondência, o direito ao livre exercício de atividades econômicas e profissionais, o direito de propriedade e o de associação, o de livre manifestação do pensamento político e o pensamento religioso. Direitos de Segunda Geração: Direitos Sociais. O individualismo, marcante da Primeira Geração, é superado e os direitos da Segunda Geração vão impor ao Estado o dever de agir a fim de propiciar a grupos sociais, tutela e proteção no acesso à educação, saúde, previdência social etc. Direitos de Terceira Geração: Direitos Coletivos e Difusos. Abrange a preservação do meio ambiente e do consumidor. Direitos de Quarta Geração: tratam de pesquisa biológica e científica, defesa do patrimônio genético.

¹²⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.29.

¹²⁸ *Ibidem*, p.47.

¹²⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Novas regras sobre o atendimento telefônico ao consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 17, n.68, out./dez.2008. p.92. SOARES, Flaviana Rampazzo. Novas regras sobre o atendimento telefônico ao consumidor. Revista do Direito do Consumidor, ano 17, n.68, out./dez.2008, p.92.

De acordo com Bruno Miragem, o direito à informação está entre os que maior repercussão prática alcança no cotidiano das relações de consumo, impondo o dever de informar aos fornecedores.¹³⁰

Fernanda Nunes Barbosa, nesse mesmo sentido, defende que o direito subjetivo do consumidor de receber a informação gera o dever de informar do fornecedor e explica que este dever foi desenvolvido na teoria contratual pela doutrina alemã como dever anexo decorrente do princípio da boa-fé, e que passa “a adquirir o papel de verdadeiro dever independente, essencial (ou básico), isto é, obrigando o fornecedor de forma direta”, que seria “um novo dever de informar, cujo alicerce pode ser encontrado tanto na boa-fé como na transparência”, transparência esta que “concretiza a idéia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo.”¹³¹

A “obrigação de informar”, usada como sinônimo de “dever de informar” por Antonio Joaquim Fernandes Neto, e “dever de informação” por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, é fundamentada no princípio da boa-fé objetiva¹³², trazendo, consigo, a proteção da confiança¹³³ e dos interesses legítimos das partes; é

¹³⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.127.

¹³¹ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.101.

¹³² SCHIER, Flora Margarida. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2009, p.36.

¹³³ Para Claudia Lima Marques, “a boa-fé (*bona fides*) e confiança (*fides*) sempre estiveram juntos no direito privado e no estudo das bases e efeitos e da vontade dos indivíduos no mercado.” MARQUES, Claudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. Porto Alegre: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 100. dez.2005, p.72-97. No ensinamento de António Menezes Cordeiro, “a tutelas da confiança, na base das exigências éticas e sociais elementares, leva a dispensar uma certa proteção à pessoa que, mercê de outra, seja levada a acreditar na manutenção dum certo estado das coisas [...] No fundo, poderemos conduzir a tutela da confiança à exigência de igualdade: apessoa que se encontre submersa numa crença legítima e justificada não pode ser tratada como se tal não sucedesse, sob pena de se tratar, por igual, o que é diferente.” in CORDEIRO, António Menezes. **A boa fé no final do século XX**, p.888-912 Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf>, acesso em: 01 mai 2011. Jorge Cesar Ferreira da Silva afirma que a confiança é um dos mais importantes fundamentos materiais da eficácia da boa-fé e que pode ser compreendida com um dos principais fatores de diminuição da complexidade social, visto que a sociedade envolve um número consideravelmente complexo e formalmente imprevisível de relações sócias, fazendo com que haja um sentimento de

conceituada como “a prestação consistente em comunicar, noticiar, avisar, anunciar, participar, prevenir, instruir, advertir, levar ao conhecimento do outro” por Antonio Joaquim Fernandes Neto.¹³⁴

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino afirma que a impessoalização das relações de consumo exigem transparência, sinceridade e lealdade entre as partes na relação negocial. Dessa forma, “o dever de informação apresenta especial relevo, estabelecendo para as duas partes da relação obrigacional, deveres de esclarecimento, comunicando circunstâncias ignoradas pela outra parte ou conhecidas de forma imperfeita ou incompleta.” Para exemplificar, o autor cita a relação dos profissionais liberais, como médicos e advogados, nas suas relações com os clientes.¹³⁵

O autor ainda ressalta que “a legislação do consumidor, acompanhando a tendência moderna do direito privado, acolheu amplamente o dever de informação do fornecedor”, devendo este “ser informado clara, objetiva e precisamente sobre o correto funcionamento e advertido sobre os riscos ensejados por um determinado produto ou serviço.”¹³⁶

O consumidor este deve ser adequadamente informado a respeito dos componentes do produto e serviços (orçamentos) “para que não tenha surpresa desagradável e danosa por ocasião do uso ou da entrega do trabalho encomendado”, explica Ênio Santrelli.¹³⁷

insegurança quanto às ocorrências futuras. O autor defende que as condutas do sujeito que antes do nascimento do vínculo negocial, com as expressas declarações de vontade, rompe injustificadamente as negociações entabuladas com a outra parte a ponto de ter gerado, previamente, expectativa na conclusão da negociação, ou apresenta conduta que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, utilizando-se de direito que havia renunciado, ou, ainda, que revela segredos de processo antigo a novo contratante vão contra a boa-fé, sendo diretamente contrárias à noção de confiança. *In* SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.48.

¹³⁴ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.165.

¹³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.67-68.

¹³⁶ *Ibidem*, p.47.

¹³⁷ ZULIANI, Ênio Santrelli. **Direitos básicos do consumidor** *in* SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.22.

Claudia Lima Marques ensina que “os deveres de boa-fé são intrinsecamente bilaterais: a boa-fé é 'visão' do outro, a consideração 'dos interesses do outro'.”¹³⁸ e somente a lei pode alterar essa bilateralidade para impor o dever de informar a um só dos contratantes.

O Código de Defesa do Consumidor assim o fez, ao impor o dever de informar aos fornecedores e determinar sanções pelo descumprimento deste dever, inclusive de nulidade, assegurando o direito do consumidor de ser informado, sendo que a informação a ser prestada, ensina Octávio Luiz Motta Ferraz “deve compreender ‘especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos’ que o produto ou serviço apresentem (art. 6º, III, e com pequenas diferenças de redação, art. 31, CDC).”¹³⁹

Flora Margarida Schier explica que a informação está diretamente relacionada à prevenção de danos, de modo a proteger o consumidor, para que este conheça as características de bens e serviços colocados no mercado e garanta a liberdade negocial exigindo-se, dos parceiros, um dever de lealdade e lisura entre as partes durante todas as fases do contrato, mesmo antes dele existir.¹⁴⁰

Na fase pré-contratual, o consumidor deverá ter condições de analisar a qualidade do produto ou do serviço, a adequação às suas necessidades, o valor a ser despendido, as condições de pagamento, o prazo para a entrega/prestação, o modo da prestação etc. e, para isso, é importante que ele receba e compreenda todas as informações a respeito do bem ou serviço que estará adquirindo/contratando.

Segundo Claudia Lima Marques, a idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor, pois “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e

¹³⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.1071.

¹³⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.169.

¹⁴⁰ SCHIER, Flora Margarida. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2009. p.36

respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”¹⁴¹

Para atingir esse fim, o Código de Defesa do Consumidor regulou também alguns aspectos da formação do contrato, impondo novos deveres para o fornecedor "e assegurando novos direitos para o consumidor (aderente) quando da formação das relações contratuais de consumo (art. 6º, II, III e IV), entre eles o direito de livre escolha e o seu instrumental direito de informação, conforme ensina Claudia Lima Marques.¹⁴²

A autora explica que a intenção do Código de Defesa do Consumidor foi de “valorizar o momento da formação do contrato de consumo e examinar a qualidade da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legítima” para que os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor possam ser ditados na formação destes, pois assegurar a liberdade de decisão das partes é garantir a sua e correta e completa informação acerca do negócio que o consumidor irá realizar.¹⁴³

Para que a informação cumpra o papel de levar conhecimento de algo novo ao receptor, é necessário que a mensagem seja clara, precisa, completa, veraz¹⁴⁴ e

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumido: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.771

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima *in* Prefácio FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.16.

¹⁴³ *Ibidem*, p.19.

¹⁴⁴ O art. 38 do CDC estabeleceu que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” Sobre o tema Ênio Santrelli Zuliani destaca que a regra disposta do art. 38 do CDC “tem importância prática salutar para os interesses do consumidor, na medida em que transfere o encargo de confirmar a lealdade e a adequação da mensagem a quem dela se aproveitou.” A importância da norma se dá, na medida que, muitas vezes, o consumidor ou os órgãos que o representem enfrentam dificuldade de cumprir com a regra tradicional do art. 333, do CPC, onde ao autor incube o ônus de provar fato constitutivo do seu direito. ZULIANI, Ênio Santrelli. **Direitos básicos do consumidor** *in* SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.28.

compreensível pelo público a que se destina, a fim de garantir o equilíbrio da relação entre fornecedor e consumidor.¹⁴⁵

Nesse mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo explica que o dever de informar será cumprido “quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade.”¹⁴⁶ O autor alerta que os requisitos de adequação, suficiência e veracidade devem estar interligados, pois a ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.

Além desses princípios, alerta Fernanda Nunes Barbosa, o Código de Defesa do Consumidor também estabelece que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem levar em conta a adequação, a ostensividade¹⁴⁷, ser apresentadas em língua portuguesa e observar a necessidade do consumidor (art.31, CDC).

Claudia Lima Marques explica que as cláusulas contratuais devem ser claras o suficiente para que o consumidor possa compreender o conteúdo do contrato,

¹⁴⁵ Fernanda Nunes Barbosa assim conceitua: informação clara é a que se utiliza de signos qualitativamente mais apropriados, possibilitando a correta interpretação da mensagem pelo receptor); informação precisa é a que se utiliza de caracteres de exatidão, pontualidade e fidelidade, utilizando-se de símbolos devidamente escolhidos, propiciando a economia de mensagem; informação completa é a que se refere à mensagem em que o emissor, ao decodificar os símbolos, se utiliza de signos e símbolos que representam integralmente a novidade; a mensagem veraz é aquela que traz a correspondência entre o que se quer fazer saber e a realidade objetiva; a informação compreensível é a que exige do emissor a apreensão da realidade do receptor para que a mensagem seja realmente compreendida, sobre adequação, refere que é relativo aos meios de informação utilizados e o respectivo conteúdo. Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.60.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2216>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

¹⁴⁷ Fernanda Nunes Barbosa esclarece que a ostensividade significa que a informação deve estar ao fácil acesso e compreensão daquele que busca o produto. Em relação à observância da necessidade, só as informações que se mostrarem úteis e indispensáveis ao esclarecimento do consumidor sobre o produto ou serviço ou sobre sua adequada utilização e conservação; alerta também a autora para o fato de que possam ser utilizados alguns termos em língua estrangeira sem que signifique infração ao dever de informar, desde que o consumidor já esteja familiarizado com esses termos. BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.61.

consoante ao art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, entendendo a extensão das obrigações que irá assumir e as obrigações do prestador de serviços, o que proporcionará maior transparência nas relações de consumo.¹⁴⁸

Fernanda Nunes Barbosa afirma que é possível proteger os parceiros contratuais por meio da informação; de um lado quem contrata recebe a informação e tem a possibilidade de decidir sobre a adequação, a segurança e conveniência da aquisição do produto ou do serviço e quem fornece a informação se desonera da responsabilidade a ele incumbida.¹⁴⁹

Paulo Luiz Netto Lôbo ensina que o direito fundamental à informação só estará assegurado ao consumidor “se o correspondente dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se lhe impõe, em decorrência do exercício de atividade econômica lícita.”¹⁵⁰

Devido à “profusão de situações em que o não-cumprimento ou o adimplemento insatisfatório dos deveres de informações figuram como causa de responsabilidade do fornecedor permite que se possa falar efetivamente em obrigação de informar”, conforme ensina Antonio Joaquim Fernandes Neto.¹⁵¹

Dessa forma, em uma relação de consumo, o fornecedor deve prestar a informação com todas as qualificações possíveis, para que o consumidor compreenda e possa decidir esclarecidamente sobre a oportunidade e conveniência em adquirir um produto ou um serviço. E, em não adimplindo com essa obrigação, deverá ser responsabilizado pela falha no dever de informar.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima *in* Prefácio FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.24.

¹⁴⁹ O instrumento contratual deve apresentar redação que possibilite a compreensão de seu sentido e alcance, sem a qual, a informação contratual não cumprirá o seu dever de adequação. BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.62.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2216>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

¹⁵¹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.165.

3 O PROFISSIONAL LIBERAL COMO FORNECEDOR

O profissional liberal é conceituado por Paulo Luiz Netto Lôbo como:

Todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar.¹⁵²

Até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o serviço prestado por profissionais liberais era regulado pelo Código Civil e tratado pela doutrina como obrigação de fazer, conforme explica Viviane Coelho Sellos.¹⁵³

Na legislação civil, a execução do serviço poderia se efetuada tanto pelo profissional contratado para tanto como por outrem cuja intervenção fosse aceita (art. 249 do CC).¹⁵⁴

Georgia Ribar afirma que o serviço prestado pelos profissionais liberais também se caracteriza pela onerosidade, sendo a remuneração requisito essencial a caracterizar serviço, mas reconhece a existência de serviços gratuitos prestados

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**, p.160, *in* **Revista de Direito do Consumidor**, n.26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1998, p.159-165.

¹⁵³ SELLOS, Viviane Coelho de. **Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no código de defesa do consumidor**, p.311, *In* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.311-337.

¹⁵⁴ Art. 249 do Código Civil Brasileiro assim dispõe: "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível."

pelos profissionais liberais sem, no entanto, descaracterizar a sua condição de fornecedor de serviço, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.¹⁵⁵

O profissional liberal, no exercício de sua profissão, quando estiver em relação de consumo, é um fornecedor de serviços que se sujeita à legislação de tutela do consumidor, explica Paulo Luiz Netto Lôbo, “porque exerce atividade jurídica, entendida como um complexo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidas a um fim de produção ou circulação de produtos ou serviços.”¹⁵⁶

O Código de Defesa do Consumidor conceitua fornecedor no seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 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.

Dessa forma, conceitua José Geraldo Brito Filomeno, são considerados fornecedores [...] todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades do consumidor [...].¹⁵⁷

A relação entre o profissional liberal (fornecedor de serviços) e o seu cliente (consumidor) nasce, normalmente, de um contrato de prestação de serviços, caracterizando, portando responsabilidade de natureza contratual. No entanto, é possível que a responsabilidade se caracterize como de natureza extracontratual¹⁵⁸,

¹⁵⁵ RIBAR, Geórgia. **O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 2003. p.70.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**, p.160, *in Revista de Direito do Consumidor*, n.26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1998, p.159-165.

¹⁵⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Disposições gerais** *in* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.47.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.291.

como na hipótese do médico que é obrigado a atender, em caráter de urgência, uma pessoa desconhecida na rua que apresenta grave problema de saúde.¹⁵⁹

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade do fornecedor de serviços, e determina que este “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”.

Conforme ensina Zelmo Denari, o § 4º, do CDC, excetuou o princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos no fornecimento de serviços por profissionais liberais, que terá sua responsabilidade apurada mediante a verificação de culpa, sendo que a diversidade de tratamento se deu em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados pelos profissionais liberais, que são contratados com base na confiança que inspiram aos clientes.¹⁶⁰

Dessa forma, explica o autor, os profissionais liberais somente são responsabilizados por danos quando restar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.¹⁶¹

Sergio Cavalieri Filho afirma que a mesma exceção é encontrada no art. 951 do Código Civil Brasileiro, ao se referir à responsabilidade, quando o artigo “faz expressa menção à negligência, a imprudência e à imperícia, que são elementos da culpa.”¹⁶²

Porém, alerta Zelmo Denari, “se o dispositivo afastou, na espécie sujeita a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão

¹⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.194.

¹⁶⁰ DALARI, Zelmo. **Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos** in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.205.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.205.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade pelo fato do serviço no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. In PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (orgs.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.214.

do ônus da prova, fazendo com que ao profissional caiba provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.”¹⁶³

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino defende que, para apurar a responsabilidade civil dos profissionais liberais, “deve-se estabelecer a distinção entre obrigação de meio e obrigações de resultado, conforme a natureza das obrigações assumidas pelos profissionais liberais em relação a seus clientes.”¹⁶⁴

3.1 Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado

Sobre a distinção das obrigações entre obrigações de meio ou de resultado, Bruno Miragem ensina que esta se deve a René Demongue em seu **Tratado das obrigações**, o qual justificou a diferença das obrigações no tocante à espécie de prestação e na conseqüentemente a obrigações devidas pelas partes.¹⁶⁵

A obrigação de meio, segundo Ruy Rosado Aguiar Junior, é aquela em que o profissional assume a prestação de um serviço “ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência¹⁶⁶ exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os

¹⁶³ A inversão do ônus da prova será tratada no tópico 3.2 A culpa e a prova no direito do consumidor. DALARI, op. cit., p.205.

¹⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.195. Assim também SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.53.

¹⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.652.

¹⁶⁶ Bruno Miragem ensina que “o dever de diligência constitui um dever genérico que abrange todas as condutas humanas. Reclama-se um comportamento cuidadoso, com a adoção das cautelas devidas, não é exclusivamente de um determinado grupo de profissionais, senão uma exigência de conduta social reclamada de todos, e cuja violação implica em responsabilidade” e “será avaliado com respeito ao grau de atenção devida pelo profissional médico, em vista das circunstâncias específicas da relação médico-paciente.” MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito**

recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.”¹⁶⁷

Já a obrigação de resultado requer comprometimento do serviço a ser realizado, com um determinado objeto que satisfaça o interesse do credor com o cumprimento da prestação.¹⁶⁸

Para comprovar o descumprimento da obrigação de resultado, basta que o lesado demonstre, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, sendo essa prova suficiente para caracterizar o descumprimento do contrato, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior para desonerar-se da responsabilidade.¹⁶⁹

No caso dos profissionais liberais, como é o caso do médico, ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, “que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva”, para que não houvesse a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, “se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais.”¹⁷⁰

Bruno Miragem alerta para o fato de a doutrina majoritária atual entender que a obrigação médica é obrigação de meio, pois não haveria comprometimento do médico, que é o devedor da prestação, com a obtenção do interesse específico do paciente, que está no lugar de credor da prestação, “o que, se exigível, conduziria à improvável situação de que, na ausência da cura da enfermidade ou com a morte do paciente, estaria caracterizado o inadimplemento.”¹⁷¹

do Consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.663.

¹⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico.** Revista Jurídica, São Paulo, v.45, n.231, p.122-147, janeiro de 199, p.125.

¹⁶⁸ MIRAGEM, op. cit., p.652.

¹⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico.** Revista Jurídica, São Paulo, v.45, n.231, p.122-147, janeiro de 199, p.125.

¹⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.193.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos.** São

João Batista de Almeida atribui o tratamento diferenciado da legislação consumerista por esses profissionais assumirem uma obrigação de meio, não se comprometendo com o resultado, pois, conforme explica o autor, o compromisso deles é quanto às técnicas usadas na prestação do serviço e às diligências regulares exercidas.¹⁷²

Assim também pensam SCHMITT e BARBOSA, que afirmam que a obrigação médica é de meio, pois “não há comprometimento com a cura do paciente, ou de salvar sua vida, mas a de empregar todo o conhecimento técnico-científico ao seu alcance e a empreender todos os esforços na busca do melhor resultado possível”¹⁷³ e alertam que, no contrato médico, o resultado independe da vontade do profissional, mas de circunstâncias alheias a ela e, embora não obtenha sucesso na cura do paciente, fará jus a seus honorários, pois o pagamento é pelos seus serviços, não por resultado determinado.¹⁷⁴

Para Bruno Miragem, a responsabilidade do anestesista é de resultado¹⁷⁵, que se responsabiliza desde o pré até o pós-operatório¹⁷⁶ pela anestesia que aplica ao paciente e, qualquer anormalidade, tem sua culpa presumida, podendo haver solidariedade do cirurgião, nos casos que dependam das informações prestadas por este sobre o estado, alergias do paciente.

SCHMITT e BARBOSA citam as cirurgias plásticas embelezadoras, onde o compromisso do médico é com um fim determinado, e por ele se responsabiliza,

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.647.

¹⁷²ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89.

¹⁷³SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.54.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.53.

¹⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.654.

¹⁷⁶ O anestesista deve verificar se o paciente que vai se submeter ao procedimento tem condições de recebê-la, levando em conta as informações prestadas pelo cirurgião que irá executar o procedimento cirúrgico; o paciente não deve acordar durante o procedimento e deve zelar para que acorde após a cirurgia sem nenhuma complicação oriunda da anestesia.

pessoalmente, devendo provar ausência de culpa quando o resultado for insatisfatório.¹⁷⁷

Assim também ocorre com os dentistas, anestesiologistas e radiologistas, que também tem obrigação de resultado na realização de exames e diagnósticos em geral, pois o resultado deve apresentar a indicação do estado do paciente.¹⁷⁸

SCHMITT e BARBOSA afirmam que a questão a ser discutida para esclarecer a responsabilidade civil do profissional liberal passa a ser a respeito do ônus da prova, pois, mesmo sendo a responsabilização base na comprovação de culpa, “pergunta-se: a quem compete o ônus da prova da culpa, à vítima (consumidor) ou ao agente (fornecedor) provar a sua ausência de culpa no caso concreto.”¹⁷⁹

No tocante à prestação de serviços dos profissionais liberais como fornecedores de serviços, SCHMITT e BARBOSA destacam a relevância da proteção da confiança e dos interesses legítimos do consumidor na relação entre o consumidor e o profissional liberal, “diretamente relacionados coma boa-fé, e que encontram sua fonte no chamado contato social.”¹⁸⁰

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ensina que a responsabilidade dos profissionais liberais quando da prestação de serviços inclui-se na responsabilidade pelo fato do serviço.¹⁸¹

“A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é a que deriva de falha de segurança que cause dano à integridade físico-psíquica do consumidor ou da sua propriedade”, conforme conceitua Octávio Luiz Motta Ferraz.¹⁸²

¹⁷⁷SCHMITT, op. cit., p.54.

¹⁷⁸*Ibidem*, p.54.

¹⁷⁹SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.53.

¹⁸⁰*Ibidem*, p.55.

¹⁸¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.192.

¹⁸²FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.25.

Para estabelecer a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço¹⁸³, são necessários três elementos: um defeito; um dano à saúde ou à propriedade do consumidor e um liame de causalidade entre ambos,¹⁸⁴ sendo esta responsabilidade objetiva ou sem culpa, bastando a ocorrência do dano material ou moral e o nexo de causalidade do dano a qualquer defeito do produto ou do serviço.¹⁸⁵

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino afirma que a importância do defeito da informação é relacionada com o papel que o dever de informação possui no direito privado moderno, assim como a sua repercussão concreta sobre a responsabilidade dos fornecedores e ressalta o grau de importância atribuída ao termo de consentimento informado na responsabilidade médica. Nesse caso, “o produto ou serviço em si não apresenta, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo, derivando das informações deficientes¹⁸⁶ acerca de sua correta utilização ou da falta de advertência acerca dos riscos por ele ensejados.”¹⁸⁷

¹⁸³Sobre responsabilidade civil pelo fato do produto ver ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. In **Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos**/ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5),p.71-98.

¹⁸⁴FERRAZ, op. cit., p.25.

¹⁸⁵KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.150.

¹⁸⁶ Assim: Apelação Cível Nº 70034700765, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/05/2010. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FUGA DE PACIENTE COM PROBLEMAS NEUROLÓGICOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Tem o hospital dever de vigilância em relação aos pacientes que se encontram na unidade de emergência quando apresentam distúrbios neurológicos. Na espécie, no exato momento em que o paciente, sofrendo de Mal de Alzheimer, adentrou no hospital apelante, tinha este a responsabilidade de cuidá-lo e vigiá-lo, sendo tal característica inerente à condição de prestadora de serviços de saúde. *In casu*, verificado o nexo de causalidade capaz de importar no direito à percepção de indenização por danos morais. Em tal sentido o magistério de Sérgio Cavalieri Filho: Doutrina e jurisprudência tradicionalmente enquadravam a responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares no art. 1.521, IV, do Código de Processo Civil de 1916 (art. 932, IV, do novo Código), aquele que disciplinava a responsabilidade civil dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que a tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. Tenho para mim que essa fundamentação perdeu a razão de ser em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os

Claudia Lima Marques explica que a importância de tratar-se de obrigação de meio ou de resultado diminui:

[...] uma vez que o cumprimento dos deveres anexos de informação, cooperação e cuidados sempre são obrigações de resultado. Assim, em relações de serviço apenas a prestação principal de fazer mantém sua característica de obrigação de meio ou de resultado.¹⁸⁸

Assim também Paulo Luiz Netto Lôbo, que sustenta que a classificação da obrigação do profissional liberal como de meio ou de resultado é irrelevante, pois, a

estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço. Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por **fundamento ou fato gerador ou defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo**. "O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que dele razoavelmente se esperam e a época em que foi fornecido. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só exclua a sua responsabilidade se prova - ônus seu - que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço. Os fatos narrados na inicial são passíveis de gerar o dever de reparação a título de danos morais à parte autora, uma vez que se verifica o nexo de causalidade capaz de importar no direito a percepção de indenização. Assim, reconhecida a existência de ato ilícito por parte da requerida, nenhum reparo merece a sentença recorrida. (grifei)

¹⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil por acidentes de consumo in** LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.307.

¹⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no CDC**. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.4), p.720.

pretensão era que, “na obrigação de meio, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória” e afirma que “não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com o ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.”¹⁸⁹

O autor ainda alerta que, nos casos em que o profissional liberal exercer a profissão com relação de emprego estabelecida, este não será considerado prestador de serviços, visto que a atividade é exercida pelo seu empregador.¹⁹⁰

3.2 A Culpa e a Distribuição da Prova no Direito do Consumidor

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “a prova constitui o instrumento pelo qual são trazidos ao processo os elementos de informação idôneos à formatação do convencimento do juiz a respeito dos fatos alegados pelas partes.”¹⁹¹

No Código de Processo Civil, o ônus da prova incube ao autor, se o fato for constitutivo de direito e ao réu, em se tratando de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, CPC).

Segundo Sergio Cavalieri Filho, devido à dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima, mesmo com o fundamento sendo o mesmo – a culpa; fazendo com que somente o aspecto processual de distribuição do ônus da prova fosse diferente.

O autor explica que, no instituto da culpa presumida, o causador do dano, até prova em contrário, é presumidamente culpado, sem, no entanto, se afastar do

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**, p.165, in **Revista de Direito do Consumidor**, n.26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1998, p.159-165.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.159-165.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Contratos de consumo e o ônus da prova** in LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.349.

sistema da responsabilidade subjetiva, pelo que se admite discutir amplamente a culpa do causador do dano, podendo o causador do dano elidir a presunção de culpa provando que não teve culpa pelo dano (presunção relativa *juris tantum*).¹⁹²

Com a possibilidade de se utilizar do princípio do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor afasta a regra disposta no art. 333 do CPC, conforme ensina Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi, “para permitir ao juiz inverter o ônus da prova e transferir ao fabricante o dever de desconstituir as alegações do consumidor, constituindo este direito em mais uma materialização do princípio que reconhece a vulnerabilidade do consumidor¹⁹³ (art. 4º, I, do CDC)”¹⁹⁴, sendo este

¹⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.39.

¹⁹³ Claudia Lima Marques classifica a vulnerabilidade em espécies: técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e informacional. **A vulnerabilidade técnica** ocorre por o comprador não possuir conhecimentos específicos a respeito do produto que está adquirindo e, por isso, pode ser mais facilmente enganado sobre as características do bem ou sobre sua utilidade. Ela é presumida para o consumidor não-profissional, destinatário final fático do bem (relativamente ao serviço, comporta as mesmas características). Assim: Agravo Regimental Nº 70039364286, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 24/11/2010. EMENTA: AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROFISSIONAL LIBERAL. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, MESMO DIANTE DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. **A vulnerabilidade jurídica ou científica** decorre da falta de conhecimentos jurídicos específico, podendo abranger a área de contabilidade ou economia e também é presumida para o consumidor não-profissional, assim como para o consumidor pessoa física, pois as pessoas jurídicas devem ter condições de consultar profissionais especializados antes de obrigar-se. **A vulnerabilidade fática ou socioeconômica** é decorrente da superioridade econômica do fornecedor ou pela decorrência de monopólio ou essencialidade do serviço do fornecedor, que, por essa razão, impõe sua superioridade àqueles que o contratam. **A vulnerabilidade informacional**. é relativa à importância que adquire a aparência, a comunicação e a informação, que poderia estar englobada como espécie nova de vulnerabilidade técnica, oriunda da falta de informação. A autora chama a atenção para o fato de o déficit informacional caracterizar o consumidor. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.319 ss.

¹⁹⁴ Nesse ponto, não só o fabricante deve ser considerado na afirmativa da autora, mas todo o fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC. TROPARDI, Nelcina Conceição de Oliveira. **Alguns temas pontuais em direito do consumidor** in LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy

considerado direito fundamental do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.¹⁹⁵

Alerta Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi que, mesmo a legislação oferecendo a possibilidade de inversão do ônus da prova, não deve o consumidor, “por seu próprio descuido, tornar impossível a realização de uma perícia judicial.”¹⁹⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que quando o texto legal (art. 14, §4º, CDC) fala em “‘verificação da culpa’, não se diz que deve ser provada por quem alega o defeito do serviço. Diz-se que não poderá ser responsabilizado se a culpa não for ‘verificada’ em juízo porque o profissional conseguiu contraprová-la.”¹⁹⁷

Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.381.

¹⁹⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

¹⁹⁶ TROPARDI, Nelcina Conceição de Oliveira. **Alguns temas pontuais em direito do consumidor** in LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.387.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**, p.165, in **Revista de Direito do Consumidor**, n.26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1998, p.159-165.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A relação entre o médico e o paciente trouxe maior impessoalidade e modificou-se no âmbito da responsabilidade civil¹⁹⁸, que, nesse caso, decorre do descumprimento de um dever, que pode ser genérico, como o de cuidado, cautela, ou pode ser um dever específico, como diagnóstico ou informação.¹⁹⁹

Quando o paciente contrata a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, ele será considerado um consumidor dos serviços oferecidos por este profissional. De outro lado, quando o profissional “oferece seus conhecimentos de forma remunerada a uma gama de consumidores” se enquadra na definição de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a relação médico-paciente é compreendida como uma relação de consumo²⁰⁰ e, na visão de Miguel Kfoury Neto²⁰¹, se situam em três momentos: antes do início do tratamento, durante e depois dele.

De acordo com Bruno Miragem, a sistematização dos deveres do médico pela doutrina se dá em três grandes grupos, quais sejam: deveres de informação e esclarecimento; os deveres de técnica e perícia e os deveres de cuidado, diligência e prudência.²⁰²

¹⁹⁸ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A relação médico-paciente e a responsabilidade pelo dever de informar. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

¹⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.652.

O Código de Ética Médica veda ao médico: “art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

²⁰⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.33.

²⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.28.

²⁰² MIRAGEM, op. cit., p.656.

O autor afirma que, na obrigação médica, “reconhece-se o dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, o qual se deve traduzir por uma série de comportamentos concretos e objetivos do profissional.”²⁰³

Delton Croce Júnior afirma que para que haja responsabilidade civil do profissional médico, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência²⁰⁴, imprudência, imperícia grosseira²⁰⁵ e, portanto, inescusáveis, além disso, explica o autor, a legislação não trata de maior ou menor capacidade, de talento ou brilhantismo, mas traz “garantia contra a imprudência, a negligência e a ignorância crassa das coisas que se deviam necessariamente saber e praticar em uma profissão.”²⁰⁶

Delton Croce explica que a negligência, imprudência ou a imperícia são “sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idênticas, provada em juízo qualquer dessas modalidades de culpa, o caso é de condenação.”²⁰⁷

No entanto, como explica Bruno Miragem, só se admite a ocorrência de prejuízos ao consumidor em relação a riscos razoáveis e suficientemente informados ao paciente. Ocorrendo quaisquer outras hipóteses de risco, “não

²⁰³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.402.

²⁰⁴ Bruno Miragem ensina que a negligência se caracteriza pela violação do dever de diligência. MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.663.

²⁰⁵ O Capítulo III do Código de Ética Médica (Resolução 1.931, de 17/09/2009), ao tratar da responsabilidade profissional, dispõe no art. 1º que é vedado ao médico “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.”

²⁰⁶ CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

²⁰⁷ Delton Croce Júnior apresenta a definição de negligência, imperícia e imprudência: negligência é a omissão aos deveres que a circunstâncias exigem; inação, inércia, *non facere*, indolência, preguiça psíquica, ausência de reflexão necessária, falta de precaução, falta de interesse, não dar o devido cuidado, descuido, desleixo, desatenção, desprezar, desatender, torpidez; imperícia designa o inábil ou falta de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional; falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão; imprudência é a falta de atenção, o descuido ou a imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se, necessariamente, por uma conduta comissiva. CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.14 e 23.

abrangido dentre aqueles que naturalmente decorram da enfermidade em tratamento, ou mesmo da necessidade de intervenção sobre o corpo humano, por intermédio de medicamentos, procedimentos cirúrgicos ou outro modo, caracteriza espécie de risco adquirido e, portanto, defeito do serviço, determinando o dever de indenizar.”²⁰⁸

Bruno Miragem ensina que os pressupostos para apurar a responsabilidade civil médica são: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Para caracterização da responsabilidade, todos os pressupostos devem estar presentes em sua integralidade para dar causa à imputação do dever de indenizar do profissional médico.²⁰⁹

Quando se tratar de serviços médicos prestados pessoalmente, em conformidade com o disposto no art. 14, §4º, do CDC, a responsabilidade civil do médico será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, é subjetiva, podendo, no entanto, ser utilizado, pelo julgador, a inversão do ônus da prova, na hipótese de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação efetuada pelo consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.²¹⁰

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.679.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.674.

²¹⁰ Assim: Apelação Cível Nº 70039432489, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 26/01/2011. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. REDUÇÃO DE GORDURA LOCALIZADA, ESTRIAS E CELULITE. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1.Preambularmente, cumpre ressaltar que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, do CDC. 2. A obrigação assumida pelo médico, na maioria dos casos, é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 3.Contudo, no que tange aos procedimentos realizados pela parte autora, para redução de estrias, celulite e gordura localizada, o caso dos autos diz respeito claramente à obrigação de resultado, porquanto o médico se compromete na obtenção de determinado resultado, tendo em vista que a pretensão do paciente é melhorar seu aspecto estético. 4.Assim, oportuno ressaltar que, embora o CDC na norma precitada estabeleça que a **responsabilidade civil do profissional liberal seja subjetiva, tal disposição não impede a inversão do ônus da prova**, na medida em que, obviamente, o paciente é hipossuficiente em relação àquele no que tange à técnica aplicada e aos conhecimentos médicos necessários. 5. Na

Porém, se os serviços médicos forem prestados por hospital, como fornecedor de serviços, a responsabilidade será apurada independente da existência de culpa, conforme o art. 14, caput, do CDC, ou seja, se trata de responsabilidade objetiva.²¹¹

Sergio Cavaliere Filho lembra que o médico é prestador de serviços e, mesmo estando sujeito à responsabilidade subjetiva, também se submete à disciplina do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, podendo “o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.”²¹²

análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo técnico. 6. Contudo, no presente feito não há como se reconhecer imperícia ou negligência do médico-réu na realização do procedimento em tela, na medida em que este adotou a técnica habitual e as manchas resultaram da exposição solar da paciente. 7. Não desconheço que o resultado almejado pela autora não foi atingido, pois de outra forma não haveria razão para o ingresso da presente demanda. O que se vislumbra, em verdade, é que a parte postulante não ficou satisfeita com os frutos do procedimento, possivelmente não por uma expectativa criada pelo médico demandado, mas sim em função de não ter adotado as cautelas necessárias para o sucesso dos procedimentos feitos. Pois, além de ser fumante e não ter deixado o hábito do tabagismo, antes ou depois do tratamento realizado, o que diminui a possibilidade de atingir os resultados almejados, também se expôs ao sol, comportamento este desautorizado pelo médico, que também pode ter dado causa as intercorrências noticiadas no feito. 8. Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento aquela que pudesse resultar no dever de reparar. (grifei)

²¹¹ CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

²¹² Assim: Embargos de Declaração Nº 70043485929, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/08/2011. EMENTA: ERRO MATERIAL. CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO. REITERAÇÃO DE AGRAVO RETIDO VERIFICADA. AGRAVO RETIDO CONHECIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.[...] 3. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Possível a determinação judicial em **inverter o ônus da prova**, a partir da constatação de **hipossuficiência técnica da parte autora**, mesmo diante da responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na espécie. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA

Nesse sentido, recentes decisões têm determinado a inversão do ônus da prova, mesmo se tratando de responsabilidade subjetiva do profissional liberal, a partir vulnerabilidade técnica do consumidor, também conhecida como hipossuficiência técnica.²¹³

CONHECER O AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO EMBARGANTE, MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO. (grifei). CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.388.

²¹³Assim: Apelação Cível Nº 70040581258, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. CIRURGIA PARA REDUÇÃO DO ESTÔMAGO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO E OBJETIVA DO HOSPITAL. NEXO CAUSAL E NEGLIGÊNCIA NÃO VERIFICADOS. 1. **Inversão do ônus da prova**. Possibilidade. **Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da parte autora, mesmo diante da responsabilidade subjetiva do profissional liberal**. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na espécie. 2. Gratuidade da justiça. Caso em que o hospital demandado é uma entidade com fins filantrópicos, cuja condição lhe autoriza a concessão do beneplácito. 3. Mantido o hospital no pólo passivo da relação jurídico-processual, por ser o fornecedor do serviço que prestou à paciente. 4. Não obstante a responsabilização objetiva do hospital, não verificado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano moral, não há como prosperar o pleito indenizatório, inexistindo defeito no serviço prestado. Culpa do médico não configurada, em vista de terem sido observados os procedimentos técnicos indicados ao caso. Surgimento de complicação pós-operatória (fístula gástrica), que mesmo identificada e combatida oportunamente para reverter o quadro de virulenta septicemia, causa do óbito da paciente. Mantida a improcedência da ação. PRIMEIRO AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. SEGUNDO AGRAVO RETIDO PROVIDO. PRELIMINAR AFASTADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.

Apelação Cível Nº 70039308655, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/03/2011. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO RETIDO. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. [...]a doutrina e a jurisprudência majoritária têm entendido que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento e não de procedimento, se prestando para orientar o julgador e não as partes, que não se eximem de realizar todas as provas pertinentes ao deslinde da controvérsia. Mérito do recurso em exame 4. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 5. O Hospital demandado apenas **desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de**

4.1 O dever de Informar do Médico: o Consentimento Informado e a Falha no Dever de Informar

O dever de informar é um dos pilares da relação médico-médico paciente, “mais precisamente, na obrigação de o médico prestar ao enfermo, ou a quem por ele responda, todas as informações possíveis”²¹⁴ para que este possa decidir sobre seu próprio destino, a que tratamento irá se submeter, com base em informações claras e precisas a respeito dos riscos e benefícios possíveis, oriundos de sua decisão.²¹⁵

nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior. 6. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ. 7. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 8. Assiste razão à parte autora ao imputar aos réus a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que restou demonstrado nos autos que não foi realizado exame essencial ao diagnóstico da vítima, a tomografia de crânio, que poderia confirmar as duas principais hipóteses de causa mortes atribuídas pelo experto a embolia gordurosa e a hemorragia meníngea. **Omissão esta que acarreta no reconhecimento da responsabilidade**, quanto mais em se tratando de exame imprescindível em uma vítima de acidente de trânsito na qual há suspeita de traumatismo craniano, o qual foi pedido oportunamente por médico plantonista e não realizado.

²¹⁴ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.72.

²¹⁵ Claudia Lima Marques observa que a doutrina estrangeira vislumbra dois tipos de deveres de informação: o dever de conselho (ou de aconselhamento) e o dever de esclarecimento a ser prestado pelo médico. O dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*, em alemão, *obligation de renseignements*, em francês), obriga o fornecedor do serviço a informar sobre os riscos do serviço, exclusões da responsabilidade contratual, modificações contratuais possíveis etc., forma de utilização e qualidade dos serviços; o dever de aconselhamento (*Beratungspflicht*, em alemão, *obligation de conseil*, em francês) é um dever mais forte, existente somente nas relações entre um profissional, especialista, e um não especialista, onde o dever de aconselhamento deve ser cumprido com a prestação das informações necessárias para que o consumidor tenha condições de escolher entre os caminhos disponíveis, qual vai seguir. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São

Observa, Claudia Lima Marques, que o dever de informar também existe para o consumidor, quando informa, por exemplo, seu estado de saúde à seguradora ou prestadora de serviço. Aqui, a seguradora ou prestador de serviços é considerada leiga, pois pressupõe a boa saúde do futuro segurado e de seus dependentes.²¹⁶

A informação médica é dever de conduta de boa-fé, onde é exigido, do médico, a prestação de informação clara e adequada, representando um dever de cuidado com o outro parceiro contratual, dever este que vem disposto nos artigos 10, 14, caput, e 31 do Código de Defesa do Consumidor.²¹⁷

Flora Margarida Schier explica que a aplicação da boa-fé “sempre esteve diretamente voltada para a exata informação negocial, ou seja, quando o contratante não fosse bem informado, a solução do problema resultaria em responsabilidade, isto é, a falta de informação geraria o dever de indenizar.”²¹⁸

Prestar informações é um dever especial de conduta na relação entre médicos-fornecedores e pacientes-consumidores; um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores sobre os riscos típicos e os principais aspectos no caso específico, garantindo, assim, a autonomia do paciente decidir com clareza dos procedimentos durante o tratamento.²¹⁹

Essa autonomia se reflete, até mesmo, na recusa de o paciente ser tratado com determinado método/procedimento.²²⁰

É sempre importante, adverte Daniel Ustárroz, que o paciente (consumidor) entenda o risco e o procedimento, intervenção ou do tratamento a que será submetido, pois ele deve ter direito a, de antemão, cientificar-se dos riscos e das

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.228-229.

²¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.232.

²¹⁷ Claudia Lima Marques. Apresentação in BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.17.

²¹⁸ SCHIER, Flora Margarida. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2009, p.36.

²¹⁹ Claudia Lima Marques. Apresentação in BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.16.

²²⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.83.

opções que cada tratamento possibilite e dos efeitos que podem ensejar cada terapia.²²¹

Para José Aguiar Dias, as obrigações implícitas no contrato médico são de conselho, de cuidados, de abstenção de abuso ou desvio de poder, devendo responder ao se abster de cumpri-las.²²²

A infração ao dever de conselho ocorre quando o profissional médico “não instrui o cliente ou a pessoa que dele cuida a respeito das precauções essenciais requeridas pelo seu estado” e, quanto mais grave a intervenção, maior a necessidade da advertência pelo médico, visando atenuar os riscos do procedimento operatório ou do tratamento a que se submeterá o paciente.²²³

O abuso ou desvio de poder médico se referem aos limites do profissional no exercício de sua profissão e o dever de cuidar deixa de ser prestado quando o profissional não atende a um chamado do doente ou negligencia as visitas ao paciente enfermo ao qual ele deve cuidados.²²⁴

Quando o médico é procurado pelo paciente para obtenção de um diagnóstico ou para um tratamento, o médico encontra-se em situação de poder e o paciente, assim como seus familiares, em situação de vulnerabilidade agravada,²²⁵ considerado, dessa forma, como um consumidor vulnerável especial²²⁶, por ser ele leigo e enfermo, e por isso necessita a proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

²²¹USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.82.

²²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.1., 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.285.

²²³ *ibidem*, p.286.

²²⁴ *ibidem*, p.286.

²²⁵MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.656.

²²⁶Leonardo Roscoe Bessa afirma que a fragilidade – vulnerabilidade (que não tem o mesmo significado de hipossuficiência) sintetiza a razão da proteção jurídica do consumidor pelo Estado e é razão da existência de lei especial de proteção desse sujeito. BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p.35-37.

Quando for caso de utilização de novos medicamentos, o médico deve informar ao paciente de forma mais exaustiva, assim como na cirurgia estética²²⁷, que apresenta deveres mais amplos, posto que gera obrigações de resultados e não de meios.²²⁸

A falta de prestação de informação ao paciente pelo médico significa desrespeito à autonomia da vontade, caracterizando o “inadimplemento de um dever básico dos médicos e um direito fundamental dos consumidores: o acesso à informação”, ensina Claudia Lima Marques.²²⁹

A responsabilidade civil médica decorre do descumprimento de um dever, que pode ser genérico, como o de cuidado, cautela, ou um dever específico, como diagnóstico, informação.²³⁰

²²⁷ Assim: Apelação Cível Nº 70029885506, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 02/09/2010. EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER ANEXO DO MÉDICO DE INFORMAR OS RISCOS DE RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO. OBRIGAÇÃO NÃO ATENDIDA. DANO ESTÉTICO VERIFICADO. JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES A CONTAR DA DATA DO ILÍCITO. I. A contratação de cirurgia plástica estética configura espécie de obrigação de resultado, a qual comporta deveres anexos, primordialmente o dever de informar a parte de eventuais riscos de resultado diverso do pretendido. II. Uma vez demonstrado nos autos o descumprimento, pelo cirurgião médico demandado, do dever de informar à autora acerca dos riscos do serviço por aquele oferecido, e verificadas imperfeições decorrentes da intervenção cirúrgica de lipoaspiração, concernentes na assimetria das mamas e do abdômen, resta caracterizada a violação positiva do contrato, por descumprimento do dever anexo (*Nebenpflichten*) de informação, o qual, em se tratando de relação de consumo, encontra previsão expressa no art. 30 do CDC. Corolário lógico é o cabimento da indenização por prejuízo extrapatrimonial da espécie dano estético. III. Os juros de mora, neste caso, devem ser contados a partir do evento danoso a teor do que dispõe a súmula n.º 54 do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual.

²²⁸ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.137.

²²⁹ Claudia Lima Marques. Apresentação in BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.16.

²³⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.648.

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas ensina que, “ao se falar em dever de informação, é quase automática a associação com o a expressão “consentimento informado.”²³¹

Antes de proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação, o médico deve obter o consentimento informado do paciente ou de sua família, após efetuar a exposição dos riscos ou perigos a que poderá ele se submeter²³², alerta José de Aguiar Dias.²³³

Octávio Luiz Motta Ferraz esclarece a importância de se obter o consentimento informado do paciente, pois, quase todo o ato médico envolve uma interferência com a integridade físico-psíquica do paciente e, diferentemente do vício do consentimento em outras atividades, que importa em mera nulidade do ato e possíveis danos patrimoniais, “na atividade médica as conseqüências podem ser mais graves e o vício de consentimento pode configurar até mesmo lesão corporal ou constrangimento ilegal.”²³⁴

SCHMITT e BARBOSA asseveram que, no campo da responsabilidade dos profissionais liberais, aqui se incluem os médicos, “destaca-se a falha por vezes comum quanto ao dever de informar a eles atribuído, composto não só do dever de alerta, mas também do dever de aconselhamento, visando alcançar o consentimento informado do paciente (*informed consent*).²³⁵

²³¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.72.

²³² Conforme o art. 22 do Código de Ética Médica: é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” Assim como o art. 101: “Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as conseqüências da pesquisa.”

²³³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.1., 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.289.

²³⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.166.

²³⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010, p.56.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Vasconcelos dos Santos defende que a informação não deveria ser somente adequada, mas o paciente deveria conhecer e compreender todas as modalidades existente, permitindo, dessa forma, não apenas a compreensão do problema, mas também as alternativas possíveis, para que o paciente tenha garantida a escolha esclarecida.²³⁶

Os seguintes aspectos devem ser considerados a respeito do paciente para se obter o consentimento informado: as condições subjetivas do paciente, idade, nível cultural e de instrução, para avaliar o nível de compreensão das informações que serão prestadas, capacidade do paciente de formular uma decisão racional com base nas informações obtidas, além de linguagem acessível e precisa quanto aos procedimentos terapêuticos e/ou cirúrgicos, alerta Bruno Miragem.²³⁷

Claudia Lima Marques ensina que o paciente deve ser suficientemente esclarecido sobre os riscos e as circunstâncias do tratamento ou cirurgia proposta, pois se não o for, não existe consentimento válido, fazendo com que o médico seja “responsável por todos os danos ao consumidor causados por esta falha informativa (art. 20 do CDC), por defeito informativo (art. 14 do CDC) mesmo que não haja qualquer outro ‘erro médico’ ou falha técnica (imperícia) médica do serviço”, sendo a falha informativa ou fato oriundo do defeito da informação negligência ou imprudência médica por si.²³⁸

Estando o paciente na posse de todos os elementos possíveis para sua compreensão,²³⁹ o médico deve atentar para que o consumidor informado tenha

²³⁶ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.84.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.660.

²³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.402.

²³⁹ Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas refere que, mesmo que o direito à autodeterminação seja garantido a todos, o legislador optou pela redundância da exposição em lei específica de caráter protetivo a cidadãos de idade avançada. Nesse caso o Estatuto do idoso – lei nº 10.741/2003, garante a pessoas com mais de 65 anos, que estejam no domínio pleno de suas

tempo de refletir sobre a aceitação ou não do serviço, não devendo ser pressionado sem justa causa pelo médico ou pelo hospital para consentir no tratamento de sua saúde.²⁴⁰

Christoph Fabian, nesse mesmo sentido, afirma que o paciente deve ter garantida a autonomia decisiva durante o tratamento, sendo a intervenção “reflexo da decisão livre do paciente”, pois “o consentimento pressupõe conhecimento.”²⁴¹

A obtenção do consentimento informado do paciente pelo médico, segundo Bruno Miragem, se vincula ao adequado e regular exercício da autonomia da vontade do paciente, que decidirá a respeito da submissão aos procedimentos ou terapêuticas, após esclarecimento recebido do médico a respeito de todos os aspectos relevantes do tratamento, riscos, efeitos colaterais, possibilidade de cura, custo, devendo manifestar-se expressamente pela concordância.²⁴²

Entretanto, alerta Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, “o consentimento informado não se confunde com a efetiva prestação da obrigação de informar, visto ser apenas parte desta.”²⁴³

Isso significa dizer que “a mera obtenção do consentimento formal do paciente, sem que lhe tenham sido explicadas as características e implicação do procedimento em questão, não garantirá o seu direito de autodeterminação”, pois,

faculdades mentais, o direito a escolher qual o tratamento de saúde que considere mais favorável e apropriado no seu art. 17: “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.”
DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.77 e 84.

²⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.414.

²⁴¹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.135.

²⁴² MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.660.

²⁴³ DANTAS, op. cit., p.76.

para que alguém possa tomar uma decisão ponderada sobre qualquer assunto, deverá possuir um mínimo de informação sobre o assunto.²⁴⁴

Portanto, o ato de consentir do paciente não libera o médico automaticamente das responsabilidades profissionais quanto ao dever de informação, uma vez, que ainda poderia responder pela incompleta informação.²⁴⁵

Nesse sentido, Bruno Miragem ressalta que a “existência do consentimento informado não exime o profissional médico de responsabilidade por seus atos, senão exclusivamente em relação aos danos que vierem a resultar dos riscos involuntários decorrentes do tratamento ou procedimento médico a que se refiram”, mas que o consentimento informado serve como prova pelo médico de que prestou as informações ao paciente correta e amplamente sobre todos os aspectos relevantes do procedimento que deverá se submeter (geralmente quando se tem o consentimento por escrito), desde que tenha conteúdo suficiente, seja compreendido pelo paciente; além de caracterizar o cumprimento do dever de informar do médico, respeitando o direito de informação do paciente.²⁴⁶

A respeito da abrangência do consentimento informado Christoph Fabian explica que atinge apenas uma intervenção concreta e, que se houver necessidade de outras intervenções, deverá o médico esclarecer novamente sobre os procedimentos para obter um novo consentimento do paciente para a continuidade da atuação médica.²⁴⁷

Claudia Lima Marques ensina que o defeito da informação e o dano da informação na relação médicos-consumidores podem aparecer em três momentos:

- 1) No tratamento ou cirurgia induzida a acontecer por falta de informação ou por falta de aconselhamento ou pelo esclarecimento incompleto dos

²⁴⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.1668

²⁴⁵ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.79.

²⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.661.

²⁴⁷ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.137.

médicos, especialmente quando a cirurgia não é “indispensável”;²⁴⁸

2) Na falta de consentimento informado e esclarecido²⁴⁹;

3) Na perda de uma chance²⁵⁰, pois a falha de informação adequada e o descumprimento da obrigação de buscar o consentimento esclarecido fizeram com que o consumidor aceitasse a sugestão deste “médico-descumpridor dos deveres de boa-fé”, perdendo a chance de tratar-se com outro médico, que o esclareceria mais e respeitaria sua liberdade de escolha, o que pode ser especialmente importante caso, de, do tratamento ou da cirurgia, originar-se um dano irreversível ou grave, a impossibilidade de cura ou aleijão (arts. 186, 187, 927, III, 949, 950 e 951 do CC/2002).²⁵¹

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino afirma que a importância do defeito da informação é relacionada com o papel que o dever de informação possui no direito privado moderno, assim como a sua repercussão concreta sobre a responsabilidade

²⁴⁸ “[...] os danos materiais são os próprios gastos da cirurgia e dos tratamentos a *posteriori* (art. 20, 24, 25 e 35 do CDC) e que são cumuláveis com os danos morais do caso (art. 186 do CC/2002).” MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.416-418.

²⁴⁹ “A falta de consentimento informado e esclarecido que por si só é dano à liberdade e ao direito de escolha e de ser informado clara e adequadamente do consumidor (art. 6º, I, II, III c/c o art. 20 do CDC) e violação do dever de informar de boa-fé dos médicos (art. 14 do CDC c/c os arts. 70, 71 e 112 do Código de Ética Médica), aqui a indenização dar-se-á pelo dano moral exemplar e integral (art. 944 do CC/2002).” MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.416-418.

²⁵⁰ Quanto à perda da chance, Bruno Miragem explica que é indenizada quando “embora não se tenha a certeza sobre qual o resultado se a prestação de serviço médico tivesse se dado adequadamente, indeniza-se a probabilidade perdida em decorrência de uma determinada falta aos deveres reconhecidos ao médico, hospitais e clínicas, bem como aos serviços com estes associados.” in MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In, MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.691.

²⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.416-418.

dos fornecedores e ressalta o grau de importância atribuída ao termo de consentimento informado na responsabilidade médica. Nesse caso, “o produto ou serviço em si não apresenta, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo, derivando das informações eficientes²⁵² acerca de sua correta utilização ou da falta de advertência acerca dos riscos por ele ensejados.”²⁵³

²⁵²Assim: Apelação Cível Nº 70034700765, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/05/2010. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FUGA DE PACIENTE COM PROBLEMAS NEUROLÓGICOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Tem o hospital dever de vigilância em relação aos pacientes que se encontram na unidade de emergência quando apresentam distúrbios neurológicos. Na espécie, no exato momento em que o paciente, sofrendo de Mal de Alzheimer, adentrou no hospital apelante, tinha esta a responsabilidade de cuidá-lo e vigiá-lo, sendo tal característica inerente à condição de prestadora de serviços de saúde. *In casu*, verificado o nexo de causalidade capaz de importar no direito à percepção de indenização por danos morais. Em tal sentido o magistério de Sérgio Cavalieri Filho: Doutrina e jurisprudência tradicionalmente enquadravam a responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares no art. 1.521, IV, do Código de Processo Civil de 1916 (art. 932, IV, do novo Código), aquele que disciplinava a responsabilidade civil dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que a tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. Tenho para mim que essa fundamentação perdeu a razão de ser em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço. Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por **fundamento ou fato gerador ou defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo**. "O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que dele razoavelmente se esperam e a época em que foi fornecido. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só excluía a sua responsabilidade se prova - ônus seu - que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço. Os fatos

Na visão de Bruno Miragem, levando-se em conta o reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva “como fonte autônoma de deveres jurídicos, cuja violação importa, sobretudo no domínio da prestação de serviços médicos, a determinação do dever de indenizar”, pois o dano é decorrente da falta de informação, devendo o médico que deixou de prestar a informação adequadamente ao paciente sobre o risco do procedimento ou terapêutica ser condenado a indenizá-lo, em caso do risco transformar-se em dano.²⁵⁴

José de Aguiar Dias ensina que, de regra, a prova do consentimento do paciente está a cargo do médico e se faz, “ordinariamente, por presunções, mesmo porque serão excepcionais os casos de contrato médico por escrito.”²⁵⁵

Sobre a prova do consentimento pelo paciente, Octávio Luiz Motta Ferraz explica que não há nenhum dispositivo legal que obrigue o profissional médico a apresentá-lo por escrito, mas que é prudente que, sempre que possível, assim o faça, ao menos nos procedimentos sujeitos a maiores riscos.²⁵⁶

José de Aguiar Dias alerta para os requisitos que devem ser levados em conta nessa avaliação, que serão “a correção profissional do médico, sua boa reputação, assim como o fato de haver o cliente ingressado, voluntariamente na clínica, onde se dispensava determinado tratamento.”²⁵⁷

A respeito da prova da falha no cumprimento do dever de informar, Octávio Luiz Motta Ferraz explica que, sendo determinado o conteúdo do dever de

narrados na inicial são passíveis de gerar o dever de reparação a título de danos morais à parte autora, uma vez que se verifica o nexo de causalidade capaz de importar no direito a percepção de indenização. Assim, reconhecida a existência de ato ilícito por parte da requerida, nenhum reparo merece a sentença recorrida. (grifei)

²⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil por acidentes de consumo** *in* LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (orgs.) **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.307.

²⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** *In* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.662

²⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v.1., 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.289.

²⁵⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.181.

²⁵⁷ DIAS, op. cit, p.289.

informação e o seu descumprimento, estabelece-se o defeito ou o vício da informação. No entanto, cabe ao consumidor “demonstrar que sofreu danos e o nexo da causalidade entre a informação defeituosa e os danos sofridos, o que é extremamente complexo.”²⁵⁸

Para Claudia Lima Marques, “a inversão do ônus da prova é muitas vezes necessária, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor que, segundo as regras da experiência, não tem condições de informar (mas sim os médicos e o hospital envolvidos)”, pois é o hospital, normalmente, tem a guarda de “todos os documentos, prontuários médicos, documentos de internação, anotações dos médicos, anestesistas, enfermeiros, plantonistas, remédios ministrados, fatos ocorridos extraordinários etc.,” “[...] é do hospital o dever de mantê-los e preenchê-los de forma a poder provar que não houve qualquer negligência ou erro médico sob sua esfera de controle hospitalar.”²⁵⁹

A autora também menciona a obrigação advinda do Código de Ética Médica, dos profissionais médicos exibirem os documentos relativos ao paciente assim requeira.²⁶⁰

4.2 Responsabilidade Civil do Hospital

Neste estudo, serão consideradas prestadoras de serviços de saúde todas as instituições que “empregam” o profissional da saúde, sejam elas hospitais, consultórios, clínicas especializadas, complexos hospitalares, casas ou instituições de saúde, pois há uma variada gama de pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prestação de serviços de assistência à saúde e, quando ocorre uma falha,

²⁵⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.181.

²⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.435 e 438.

²⁶⁰ *Ibidem*, p.437.

ocasionando dano ao consumidor, é necessário que se decida, dentro dessa complexa rede de pessoas, a quem se deve atribuir a responsabilidade.²⁶¹

Assim como o profissional médico, esses “prestadores de serviços médicos, fornecedores na terminologia do Código de Defesa do Consumidor, devem agir conforme a boa-fé e respondem por seus atos próprios, de seus prepostos e por defeito do serviço final de saúde”, alerta Claudia Lima Marques.²⁶²

Bruno Miragem explica que os “danos oriundos da prestação de serviços médicos ensejam a responsabilidade do profissional e da instituição a que estiver vinculado, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.” Para tanto, o serviço deve ter sido prestado de forma profissional, com remuneração, de forma direta ou indireta, oferecida no mercado de consumo.²⁶³

Para Claudia Lima Marques, “todos os fornecedores de serviço de saúde [...] estão geralmente unidos por contratos com o consumidor, todos conexos para um mesmo fim” e, para o Código de Defesa do Consumidor, “estes não são terceiros, são fornecedores de serviços solidariamente responsáveis” e a todos é imposto o ônus de provar (art. 14, §3º, do CDC) que seu serviço transcorreu sem defeitos, com prova da qualidade do serviço, que serve de excludente maior da responsabilidade.²⁶⁴

No caso do médico, que é profissional liberal, sua responsabilidade é subjetiva, dependente da verificação de culpa (art. 14, §4º, do CDC). Já as instituições hospitalares e demais estabelecimentos de mesma natureza, que se caracterizam como prestadores de serviço de saúde, nos termos do art. 3º do CDC²⁶⁵, sua responsabilidade passa a ser objetiva²⁶⁶, de acordo com o art. 14,

²⁶¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.104.

²⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima;MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.431.

²⁶³ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima;MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.665.

²⁶⁴ MARQUES, op. cit., p.441.

²⁶⁵ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira,

caput, do CDC, sem a exigência da demonstração da culpa destes fornecedores de serviços, em conformidade com o disposto no art. 14 do CDC.²⁶⁷

Bruno Miragem explica que a responsabilidade do hospital ou instituição de saúde onde o médico labora advém de defeito do serviço, que “pode ser caracterizado pela violação de deveres pelo médico preposto, empregado ou de qualquer modo associado ao hospital ou clínica, da mesma forma como pode ser caracterizado por qualquer outra falha da instituição na prestação do serviço.”²⁶⁸

Bruno Miragem ensina que, para apurar a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas, é necessária a presença dos pressupostos: defeito, o dano e o nexo da causalidade entre ambos, sendo que, no serviço público de saúde, “o defeito é substituído pela violação dos deveres jurídicos impostos a tais instituições como por

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.

§ 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.

²⁶⁶ Assim: Apelação Cível Nº 70039568050, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 10/08/2011.[...]2. **A responsabilidade civil de hospitais é de ordem objetiva**, cumprindo investigar, para aferição desta, se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não, nos termos do art. 14 do CDC. No que tange à prática médica, indissociável a averiguação do atendimento médico prestado, somente se responsabilizando o hospital por ato culposo ou doloso do profissional a ele vinculado (§4º do mencionado artigo 14), assim caracterizado defeito de serviço. 3. Caso em que os elementos de convicção disponíveis, notadamente o laudo pericial médico, indicam que o tratamento dispensado e a investigação do quadro clínico atípico apresentado pelo então paciente, a cargo dos profissionais, foi adequado, o que afasta qualquer evidência de erro médico no caso concreto, o que conduz à improcedência também da pretensão indenizatória contra a entidade hospitalar. (grifei)

²⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.669.

²⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.403.

exemplo o dever de segurança, de informação e todos os demais necessários á realização da adequada prestação do serviço público.”²⁶⁹

Conforme explica Claudia Lima Marques, o hospital representa “mais que um ‘lugar’ para que este serviço complexo e delicado, de partos, cirurgias, intervenções, ministrar remédios, cuidados e alimentação, e o pós-operatório, ocorra”, é sim “um facilitador e organizador da cadeia de fornecimento e seu nome ou marca desperta a confiança do consumidor.”²⁷⁰

A autora ressalta a solidariedade legal dos participantes desta cadeia de fornecimento, prevista nos artigos. 7º, parágrafo único, 14 e 20 do CDC, assim como nos arts. 932, III, e 933, do CC/2002.²⁷¹

A solidariedade se dá pelo descumprimento do dever principal, bem como pelos “deveres da boa-fé, de informar e de cooperar com o consumidor, no pré e pós-operatório”, caracterizando a “negligência e falha em todos os deveres de boa-fé, no dever de informar, de cuidar e de cooperar com o paciente, quando os riscos dos próprios remédios indicados e do tratamento realizado não são suficientes e claramente elucidados e informados ao paciente”, bem como pela alta hospitalar negligente, sem as informações e esclarecimentos necessários ao paciente.²⁷²

²⁶⁹MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.675.

²⁷⁰MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Claudia Lima;MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.431.

²⁷¹ *Ibidem*, p.431.

²⁷² *Ibidem*. p.432-433.

4.3 Exceções Aplicáveis ao Dever de Informar e ao Consentimento Informado

Christoph Fabian afirma que “o médico não pode se eximir do dever contratual de informar, mesmo quando a informação pode causar um desespero mental no paciente.” Nesse caso, deve o médico informar de “maneira modesta”, mantendo a esperança no paciente, porém, sem ocultar o verdadeiro estado de saúde. Para o autor, as únicas exceções ao dever de informar do médico podem existir apenas na psiquiatria ou na psicoterapia.²⁷³

Já Octávio Luiz Motta Ferraz vislumbra cinco exceções ao princípio do consentimento informado aplicáveis ao dever de informar e ao dever do médico de obter o consentimento do paciente quais sejam:

- a) O interesse público (emergências de saúde pública);
- b) As situações de emergências médicas (art. 146, §3º, do Código Penal);
- c) O paciente incapaz (no entanto, deve o médico buscar o consentimento junto ao responsável legal);
- d) O paciente que abdica deste direito (estaria consentindo em que o médico decida o tratamento a que será submetido);
- e) O chamado “privilégio terapêutico” (quando o médico tem convicção de que a informação da moléstia pode trazer riscos à saúde do paciente, então a omite).²⁷⁴

No entanto, o autor alerta que, passado o estado de emergência, o médico tem o dever de esclarecer o paciente sobre todos os procedimentos realizados e obter o consentimento para eventuais futuros procedimentos.²⁷⁵

²⁷³FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.88.

²⁷⁴FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.175.

²⁷⁵*Ibidem*, p.176.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa cuidou de analisar a responsabilidade civil do profissional médico e das instituições onde este profissional liberal desempenha sua atividade, destacando a importância da responsabilidade civil médica “em vista da tutela da integridade psicofísica da pessoa, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição da República.”²⁷⁶

A relação entre o médico e o seu paciente nasce, normalmente, de um contrato de prestação de serviços, caracterizando, portando responsabilidade de natureza contratual. No entanto, é possível que a responsabilidade seja extracontratual, como na hipótese do médico que é obrigado a atender, em caráter de urgência, alguém que apresente grave problema de saúde fora do ambiente hospitalar.

O médico, no exercício de sua profissão, é um fornecedor de serviços que se sujeita à legislação e tutela do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade do fornecedor de serviços, e determina que este responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como pela prestação de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos dos serviços, ou seja, atribui a responsabilidade objetiva pela prestação dos serviços.

Dessa forma, na apuração da responsabilidade dos hospitais, consultórios, clínicas especializadas, complexos hospitalares, casas ou instituições de saúde, a comprovação de culpa é dispensada, pois o estabelecimento de saúde é um fornecedor de serviços e responde objetivamente pela reparação do dano causado

²⁷⁶MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.691.

aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ou de informações insuficientes ou inadequadas.

Porém, o mesmo art. 14 apresenta, no § 4º, exceção à responsabilidade objetiva e determina que o profissional liberal terá sua responsabilidade apurada mediante a verificação de culpa (negligência, imperícia ou imprudência).

Importante, porém, ressaltar que, na hipótese de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação efetuada pelo paciente-consumidor, o julgador pode se utilizar do instituto da inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

Atualmente, a doutrina majoritária entende que a obrigação médica é obrigação de meio, onde não há comprometimento com a cura do paciente, mas de empregar todo o seu conhecimento técnico-científico ao seu alcance e a empreender todos os esforços na busca do melhor resultado possível, laborando com a diligência e prudência esperadas do profissional.

Porém, a responsabilidade do médico que efetua cirurgia plástica embelezadora, do dentista, do radiologista, do anestesista é de resultado, pois o compromisso destes profissionais é com um fim determinado, e por ele este se responsabiliza, pessoalmente, devendo provar ausência de culpa quando o resultado for insatisfatório.

O médico deve prestar informações claras e precisas a respeito de todas as intervenções/procedimentos médicos, sobre o real estado de saúde (desde que esta informação não interfira na cura do paciente), sobre os riscos, sobre as circunstâncias do tratamento ou cirurgia proposta, garantindo autonomia do paciente na opção de se submeter ou não a determinado tratamento/procedimento e obter do paciente ou do responsável por ele o consentimento válido para tanto.

Caso o paciente ou o responsável não seja plenamente esclarecido, o consentimento não é válido, fazendo com que o médico seja responsável pelos danos ao consumidor causados por esta falha informativa (art. 20 do CDC), por defeito informativo (art. 14 do CDC) mesmo que não haja qualquer outro 'erro

médico' ou falha técnica (imperícia) médica do serviço, sendo a falha informativa ou fato oriundo do defeito da informação negligência ou imprudência médica por si.²⁷⁷

Nesse caso os danos oriundos da prestação de serviços médicos ensejam a responsabilidade do profissional, bem como da instituição a que ele estiver vinculado.²⁷⁸

Existe, portanto, solidariedade entre o médico e a instituição de saúde onde este presta serviço pelo descumprimento do dever principal, bem como pelos deveres da boa-fé, de informar e de cooperar com o paciente, caracterizando a negligência e falha em todos os deveres de boa-fé, no dever de informar, de cuidar e de cooperar com o paciente, quando os riscos dos próprios remédios indicados e do tratamento realizado não são suficientes e claramente elucidados e informados ao paciente, bem como pela alta hospitalar negligente, sem as informações e esclarecimentos necessários ao paciente.²⁷⁹

Dessa forma, conclui-se que a informação, na relação médico-paciente, representa liberdade e chance: liberdade de escolher o médico, o tratamento, o tempo e o modo de prestação, decidir sobre um tratamento ou outro, de acesso aos documentos médicos, exames, etc “que, em última análise, representa uma chance de sucesso diante do desafio da doença”.²⁸⁰

²⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor** in MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3). p.402.

²⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro** In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.5), p.665.

²⁷⁹ MARQUES, op. cit., p.432-433.

²⁸⁰ Cláudia Lima Marques. Apresentação in BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.13-14.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista Jurídica**, v.45, n.231, p. 122-147, janeiro de 1997.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 691p.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 175 p.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 411p.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411p.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. 160p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 2004. 232p. (rever livro na biblioteca para confirmar bibliografia)

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>, acesso em 01 Mai. 2011

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro. *In: Vade Mecum*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1904p.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *In: Vade Mecum*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1904p.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. *In: Vade Mecum*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1904p.

_____. Resolução 1.931, do Conselho Federal de Medicina, de 17/09/2009 - Código de Ética Médica. Disponível em <<http://www.cremesp.org.br/legislacao>>, acesso em 01 Mai. 2011.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Médoto, 2005. 320p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. 577p.

CORDEIRO, António Menezes. **A boa fé no final do século XX**. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf>, acesso em: 01 Mai. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1207p.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 176p.

CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 389p.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. 240p.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.1, 417p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 706p.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 176p.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte, 2002. 224p.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 195p.

GENTILLI, Victor. Comunicação e política: o conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais. **Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**.

v.3. n.19, 2002. Disponível em:
<<http://revcom2.portcom.intercom.org.br/index.php/famecos/article/viewArticle/325>>
Acesso em: 06 jun. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. 940 p.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 701p.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 251p.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente**. Barueri: Manole, 2002. 101 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 542 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 436p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6903>>. Acesso em: 31 dez. 2010.

_____. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1º out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216>>. Acesso em: 08/07/2011.

LOPES, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coords.). **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009. 408p.

LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. 608p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1342p.

_____. **Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual.** Porto Alegre: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 100. dez.2005, p.72-97.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.) **Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v.3, v.4 e v.5).

MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 867, ano 97, p. 11-51, jan. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 608p.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544p.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** v.1. São Paulo : Saraiva, 2003.710p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 374p.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (orgs.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 352p.

RIBAR, Georgia. **O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: LTr, 2003. 142p.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 392p.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 429p.

SCHIER, Flora Margarida. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar.** Curitiba: Juruá, 2009. 142p.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Responsabilidade civil.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. 232p.

SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor: parte geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010. 176p.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 176p.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 286p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 450 p.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Novas regras sobre o atendimento telefônico ao consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 17, n.68, out./dez.2008. p.91-107.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2009. 589 p.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 206p.

_____. **Temas atuais de direito contratual**. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2010. 120p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010 (Coleção Direito Civil; v.4). 376p.

Wald, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 359p.