

TEORIA RES IPSA LOQUITUR: UMA ANÁLISE COMPARADA DO DIREITO ESTADUNIDENSE NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA E DE ERRO MÉDICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

THE CONSUMER RELATIONSHIP AND MEDICAL ERRORS: AN ANALYSIS OF THE APPLICABILITY, IN NATIONAL TERRITORY, OF THE THEORY OF RES IPSA LOQUITUR AND ITS APPLICATION IN BRAZIL AS A WAY OF EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro¹

Nathália Balarêz Lopes da Silva²

Thayara Garcia Bassegio Aguera³

RESUMO

O presente trabalho se propõe, a partir da utilização do método dedutivo, analisar a aplicabilidade da teoria norte-americana intitulada *res ipsa loquitur* em casos realizados no Brasil, em comparação. Para tanto, aporta conceituação teórica referente a conceitos basilares do direito do consumidor para que, sequencialmente, possa diferenciar a responsabilidade civil do médico (em regra, subjetiva) da responsabilidade civil decorrente das relações de consumo. Por fim, o trabalho conceitua a teoria estadunidense e, sequencialmente, analisa jurisprudências nacionais em comparação com o *standart* conceitual trazido por aquela, com fins de averiguar se esta possui aplicabilidade no Brasil e, em tendo, de que forma esta se dá e quais critérios são

¹ Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder dos Grupos de Pesquisa (CNPq): 'Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade' e 'Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos'. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período de pesquisa no Mestrado em Integrazione Europea da Università Degli Studi Padova, Itália. Bolsista CNPq no mestrado e no doutorado. Especialista em Comercio Internacional y Inversiones, pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Advogada com especialidade em Direito Internacional. Linhas de pesquisa: Direito Internacional (Público e Privado), Direitos Humanos, Direitos da Personalidade e Direito Constitucional. Colaboradora do blog: pretextointernacional.blogspot.com E-mail institucional: daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br Publicações disponíveis no site Academia.edu: <https://unicesumar.academia.edu/DanielaMenengotiRibeiro>.

² Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, *campus* Maringá – PUCPR, Mestranda no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar. Advogada. itsnathalia@outlook.com.

³ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Integrante do grupo de pesquisa “Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade”, da Universidade Cesumar - UNICESUMAR e do grupo de pesquisa "Jurisdição, mercados e fronteiras", do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz - FAG. E-mail: thayara_gb@hotmail.com.

utilizados para tanto, efetivando a comparação entre os ordenamentos jurídicos e concluindo pela (não) efetivação dos direitos de personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Direito Internacional. Direitos da Personalidade. Responsabilidade Civil e Consumerista. *Res Ipsa Loquitur*.

ABSTRACT

The present work proposes, from the use of the deductive method, to analyze the applicability of the North American theory entitled *res ipsa loquitur* in cases carried out in Brazil, in comparison. To do so, it provides a theoretical conceptualization referring to basic concepts of consumer law so that, sequentially, it can differentiate the physician's civil liability (as a rule, subjective) from the civil liability arising from consumer relations. Finally, the work conceptualizes the American theory and, sequentially, analyzes national jurisprudence in comparison with the conceptual standard brought by the former, with a view to ascertaining whether it has applicability in Brazil and, if so, how it occurs and which criteria are used for that, effecting the comparison between the legal systems and concluding for the (non) effectiveness of the personality rights.

KEY-WORDS: Consumer Law. Civil and Consumer Liability. International Rights. Personality Rights. *Res Ipsa Loquitur*.

INTRODUÇÃO

O direito consumerista, em sua origem, encontra raízes na evolução tecnológica e econômica decorrente da Revolução Industrial e da produção em massa, que moldaram profundamente a sociedade contemporânea. Embora alguns argumentem que seus primórdios remontam a codificações antigas ao longo do tempo, é inegável que sua verdadeira consolidação ocorreu somente em resposta a esses fenômenos, justificando a necessidade de uma tipificação específica.

A Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, consagra o direito e o dever individuais e coletivos de defesa do consumidor, estabelecendo-o como um princípio fundamental da ordem econômica contemporânea. Esse amparo constitucional eleva a proteção do consumidor à categoria de princípio constitucional, com o propósito de assegurar a todos uma existência digna, alcançada por meio de políticas públicas.

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

A partir desta ótica, verifica-se que os Direitos do Consumidor, consagrados legislativamente no ordenamento jurídico pela Lei 8.078/1990, se apresenta como efetivo garantidor de tais direitos decorrentes da Dignidade da Pessoa Humana. Isso ocorre porque a legislação consumerista atua como protetora dos direitos daqueles que ocupam uma posição mais frágil em uma relação jurídica frequentemente desigual, devido à disparidade econômica entre as partes, beneficiando o consumidor.

Essa legislação estabeleceu um subsistema jurídico autônomo, justificado pela sua conexão com o sistema de produção em massa, que confere maior relevância ao direito coletivo e difuso. Além disso, as relações jurídicas frequentemente são unilateralmente impostas pelo fornecedor, afetando diversos consumidores. Essa característica é vista pela doutrina contemporânea como um rompimento com o direito privado tradicional, fortalecendo ainda mais o arcabouço normativo especial criado em 1990.

Entretanto, a tipificação pioneira dessa matéria suscitou uma série de debates sobre a eficácia da defesa dos direitos do consumidor. A reparação dos danos sofridos pelo consumidor ainda permanece como um desafio na sociedade contemporânea e representa um tema atual que requer uma análise detalhada tanto pela academia quanto pela comunidade jurídica como um todo.

Um tema pertinente e muito debatido na contemporaneidade é a violação dos direitos do consumidor e a modalidade de responsabilização civil daquele que o viola. Tem-se por certo que a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 estabeleceu modalidade diversificada da prevista no Código Civil brasileiro, adotando postura de proteção àquele que é considerado vulnerável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

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

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

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

1 CONSUMIDOR E FORNECEDOR: O DESBALANCEAMENTO DE PODERES NA RELAÇÃO JURÍDICA CONSUMERISTA

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

Verifica-se que a normativa em comento foi explícita ao definir a principal parte destinatária de sua proteção. Entretanto, não se limitou ao conceito em comento, equiparando a este àquela coletividade de pessoas que, mesmo que indetermináveis, tenha intervindo na relação consumerista (parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor); como também todas as vítimas dos acidentes de consumo, independentemente de serem consideradas destinatárias finais ou não (art. 17, Código de Defesa do Consumidor); e, ainda, às pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais (art. 29, Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990).

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

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

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

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

Já a teoria maximalista traz que a interpretação deve ser realizada a partir da ótica mais extensamente possível, aplicando sua normativa de forma mais ampla àqueles que fazem parte da relação a ser classificada.

De acordo com essa perspectiva, o artigo 2º é visto como uma definição essencialmente objetiva, que não leva em consideração se uma pessoa física ou jurídica obtém ou não lucro ao adquirir um produto ou utilizar um serviço. O conceito de destinatário final, neste contexto, refere-se à pessoa ou entidade que efetivamente retira o produto ou serviço do mercado e o utiliza para seu próprio consumo, independentemente de haver ganhos financeiros associados a essa transação (SILVA, 2008).

Entretanto, tem-se por certo que nenhuma das duas teorias é a aplicada na judicatura brasileira. A jurisprudência mais recente debruçou sobre a temática, tornando pacífico para o ordenamento jurídico qual interpretação deve ser adotada no aspecto prático. Neste sentido, entendeu pela aplicação da teoria finalista mitigada ou aprofundada que, nos termos do acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclui no conceito de consumidor:

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

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

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

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, um fornecedor é caracterizado como qualquer indivíduo ou entidade, seja ela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, incluindo entes despersonalizados, que se envolvem em atividades relacionadas à produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, bem como na prestação de serviços (Brasil, 1990).

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (Brasil, 1990).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA *RES IPSA LOQUITUR* PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

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

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

Verifica-se que, no caso em comento, entenderam por bem os Desembargadores por aplicar a teoria do *res ipsa loquitur* ao caso em que, no procedimento oftalmológico, mesmo que não se tratando de obrigação de resultado, o profissional tenha deixado o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava prévio ao procedimento cirúrgico. Desde logo, percebe-se que o Brasil entendeu por bem adotar a teoria estadunidense ora trabalhada e, no presente caso, a aplica nas formas originárias.

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

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ATRASO NA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO NECESSÁRIO. LAUDO PERICIAL

CONCLUSIVO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PERDA DE UMA CHANCE. RES IPSA LOQUITUR. DANO MORAL. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. A responsabilidade do médico, como profissional liberal, é de natureza subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC) e exige a identificação da tríade: culpa do agente, dano efetivo, moral e/ou material, além do nexo de causalidade. [...]

5. O sistema do Common Law também instituiu uma doutrina com o objetivo de mitigar, em favor das vítimas, os efeitos do óbice imposto pela proibição da prova diabólica. Essa doutrina é conhecida pelo brocardo latino *Res ipsa loquitur* (A coisa fala por si), que não se confunde com o conteúdo de outro brocardo latino, *In re ipsa*, também utilizado no âmbito da responsabilidade civil por dano moral. 6. A doutrina da *Res ipsa loquitur* contém critérios de imputação objetiva pessoal de responsabilidade civil (Quis), ao passo que o critério *In re ipsa* é uma forma de objetivação e atribuição do prejuízo a ser reparado (Quid). 7. A doutrina da *Res ipsa loquitur* é aplicada para situações de difícil ou de impossível demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o evidente resultado (não se trata de perda de uma chance). Nesses casos, o dano final é tão evidente que dispensa a prova do nexo de causalidade, ouvindo-se apenas a sua aparência. Por isso, a coisa fala por si, e fala contra quem tinha domínio do fato, desde que preenchidos alguns requisitos. Essa doutrina, assim como a perda de uma chance, também encontra resistência para aplicação em processos de responsabilidade médico-hospitalar. 8. A doutrina da *Res ipsa loquitur* impõe os seguintes requisitos: 8.1. O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro. Isso significa que, com base nas regras da experiência e no senso comum, ou com base na opinião de especialistas, pode-se concluir que o fato ocorreu por culpa de alguém e não por fatores outros; 8.2. Outras possíveis causas, além da negligência do réu, devem ser eliminadas pelas provas do processo. Este requisito comina ao autor que exclua outras possíveis causas que poderiam provocar o dano, evidenciando que só a negligência do réu poderia produzi-lo; 8.3. O réu deve ter o domínio exclusivo do fato, com a probabilidade apenas remota de que o resultado não tenha sido causado por ele. A negligência do réu é plenamente dedutível; 8.4. A vítima do dano não pode, em qualquer hipótese, ter concorrido para o resultado; 8.5. O réu deve possuir hipersuficiência probatória para que, na inversão do ônus da prova, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima. 9. As circunstâncias do caso concreto; as condições pessoais e econômicas das partes; a extensão do dano referente à perda de uma chance, assim como a razoabilidade e a proporcionalidade adequadas ao instituto, revelam que a quantia fixada na sentença a título de reparação por dano moral deve ser reduzida para que não haja enriquecimento indevido. 10. Recurso da autora prejudicado. Recurso da ré conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 2021).

Em que pese o caso em comento não permita analisar os fatos apurados no processo, já que encontra-se em segredo de justiça, é possível notar que a tergiversação do Desembargador Relator acerca da doutrina em comento ainda a mantém como aplicável a teoria americana aqui já apresentada, como também fixa 5 critérios para sua aplicação em território nacional, quais sejam: O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro; Outras possíveis causas, além da negligência, devem ser exauridas no transcurso processual; O

réu deve ter o domínio exclusivo do fato; A vítima do dano não pode ter influído de qualquer forma que seja para o resultado; e a necessidade da vítima possuir hipersuficiência probatória para que, quando da inversão do ônus probatório, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima.

Ademais, o atento julgador também apresenta pertinente distinção entre os institutos *res ipsa loquitur* e *in re ipsa*, sendo este um critério objetivo de responsabilização da reparação do prejuízo e, aquele, critério de atribuição pessoal de responsabilidade civil ao médico.

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

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE QUADRIL. DEFEITO DE INFORMAÇÃO. COMPLICAÇÕES CIRÚRGICAS. 1 - FALTA DE DILIGÊNCIA QUANTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. 2 - REVISÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO DE TODA PROVA, ESPECIALMENTE A PERICIAL. 3 - RECURSO ESPECIAL EMBASADO NA ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. 4 - NECESSIDADE DE REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, INCIDINDO O ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. 5 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

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

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

veio, é certo que o que anteriormente se exigiria, é dizer, a prova do fato constitutivo do direito da mesma autora também não veio, pela falta de testemunhos das conversas do suposto convencimento feito pelo réu.” [...] As duas primeiras cirurgias não observaram essa diligência, o que constitui grave falha de constatação e diagnóstico da complicação que se sucedeu, sendo que na terceira cirurgia, realizada para corrigir o problema da prótese da segunda, foi traumatizado o nervo ciático direito e não há explicação para essa ocorrência danosa, o que confirma uma sucessão de falhas imperdoáveis iniciadas com a falta de informações adequadas para obter o consentimento esclarecido e que aumentaram na medida em que se sucediam as intervenções cirúrgicas. Tangente ao nervo ciático, novamente o perito tergiversou na confirmação da culpa, o que não é incomum, embora caiba elogiar o trabalho pela objetividade das respostas leais. Para o Perito a lesão é inerente ao procedimento, o que constitui resposta curiosa quando despida de substrato literário que a fundamentaria. No entanto e aplicando-se a teoria da *res ipsa loquitur* e que se baseia em estabelecer presunção de culpa médica do resultado anormal e notoriamente fora da previsibilidade pelo tipo de cirurgia realizada, como quando alguém se interna para curar de apendicite e sai do hospital com o ombro direito atrofiado [caso Ybarra x Spangard, julgado pela Corte da Califórnia e mencionado por CARLOS A. CALVO COSTA, in Danos ocasionados por la prestación médico-asistencial, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 161]. Aplicando-se, pois, o art. 6o, VIII, da Lei 8078/90, principalmente por não ter sido a autora informada de que poderia ser lesionado o nervo ciático, competiam aos médicos provarem que agiram com técnica e empenho razoável na terceira cirurgia, explicando a causa da lesão de forma científica e aceitável. Não o fizeram [art. 333, II, do CPC] e isso reforça a tese de que o trauma também se credita ao fator imprudência, quiçá imperícia [art. 186, do CC]. [...] (BRASIL, 2004).

No caso em comento, em que pese não conhecido o recurso por força da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que, acertadamente, o tribunal *a quo* efetivou a aplicação da teoria analisada pelo presente trabalho, já que a paciente, portadora de patologia congênita para a qual não se recomendava cirurgia, foi a esta submetida e, ainda, no procedimento cirúrgico realizado pelo médico, percebeu lesão a seu nervo ciático. Ademais, por não ter sido informada da possibilidade de lesão desta terminação nervosa de seu organismo, entendeu o juízo pela objetivamente o médico em face da conduta, quedando-se confirmado, a partir de tal percepção, a adoção do dano *res ipsa loquitur* pela jurisprudência brasileira dos tribunais estaduais, como também do Superior Tribunal de Justiça, nos termos conceituados pela Doutrina Norte-Americana outrora exposta aqui, assegurando a efetividade dos direitos personalíssimos não só dos consumidores *lato sensu*, mas também dos hipervulneráveis que passam por procedimentos médicos desnecessários.

Nesse contexto, a teoria, embora centrada na atribuição de responsabilidade, também pode ter implicações nos direitos da personalidade do consumidor envolvido. Em casos em que a negligência resulta em danos físicos, emocionais ou reputacionais, a aplicação da *res ipsa*

loquitur pode estar relacionada aos direitos da personalidade, que protegem a integridade física, emocional e moral do indivíduo.

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

CONCLUSÃO

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

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

Entretanto, a partir da análise doutrinária Estadunidense e jurisprudencial Brasileira realizada no presente trabalho, verifica-se que o Brasil tem aplicado a teoria estrangeira intitulada *res ipsa loquitur* desde antes da Codificação Civil ordinária vigente, tendo por certo que a jurisprudência mais contemporânea estabelece cinco requisitos para sua incidência, quais sejam: O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro; Outras possíveis causas, além da negligência, devem ser exauridas no transcurso processual; O réu deve ter o domínio exclusivo do fato; A vítima do dano não pode ter influído de qualquer forma que seja para o resultado; e a necessidade da vítima possuir hipersuficiência probatória para que, quando da inversão do ônus probatório, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima.

Assim, possível concluir que a teoria em comento possui aplicabilidade no direito brasileiro, desde que observados os requisitos jurisprudenciais adotados pelo Superior Tribunal

de Justiça. Nota-se, também, que a observância dos requisitos estabelecidos pela Egrégia Corte em comento objetiva trazer segurança jurídica àquele que, no exercício da medicina, atém-se ao exercício regular de sua profissão, apresentando tratamento pertinente e competente para o caso sob sua responsabilidade, sendo de caráter fundamental a exclusão de eventual comportamento que escuse a conduta médica da responsabilização objetiva.

Ademais, verifica-se que a adoção da teoria americana pelos tribunais brasileiros, efetivamente, surge para assegurar a igualdade entre os desiguais. Àqueles que, porque hipervulneráveis, padecem de força para a relação social tem, mediante a aplicação da teoria estadunidense, a efetivação de seus direitos personalíssimos garantidos.

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

REFERÊNCIAS

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1188548**. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Brasília, DF, 25 de julho de 2019. Acórdão. Brasília, 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 30 jun. 2023.

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

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

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

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

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

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

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

LOPATKA, John E.; KAHN, Jeffrey. **Res Ipsa Loquitur: Reducing Confusion of Creating Bias?**. 108 Ky. L.J. 239, 2020. Disponível em: https://elibrary.law.psu.edu/fac_works/395/. Acesso em: 30 jun. 2023.

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

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

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

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

SCHWARTZ, Fabio. **Manual de direito do consumidor: tópicos & controvérsias**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185152/pdf/0?code=zwZoMKZpyFfXE/JfU93QI++tiVngYyCm/OiKXSCyUIKrijwegQ9smxpHXxraawI6o9azYhfb4SSHkk1J7vbQCg==>. Acesso em: 30 jun. 2022.

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

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

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

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.