

Contrato de Prestação de Serviços Médicos

Gracia Cristina Moreira do Rosário
Juíza de Direito do TJERJ

A responsabilidade civil do profissional médico, no exercício da Medicina, inscrito no Conselho competente, tem como requisito o ato médico, praticado com violação a um dever médico, oriundo da lei, dos usos e costumes ou do contrato, presente a culpabilidade, causadora de uma lesão, material ou moral.

Além dessa responsabilização por ato próprio, o médico pode responder por ato de outro (equipe médica sob sua direção), ou por fato das coisas que usa a seu serviço (equipamento defeituoso na realização de uma cirurgia).

1- RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A Constituição de 1988, artigo 196, regulamenta que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O Código Civil, arts. 186 e 187, dispõe sobre os atos ilícitos, cuja previsão no Código de 1916 consistia na norma do art. 159, ausente regulamentação no que tange ao dano moral.

Cabe dizer que se obriga a reparar o dano, ainda que exclusivamente moral, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem (art. 186). O abuso de direito encontra-se regido pelo art. 187.

O art. 927, primeiro dispositivo do Título da Responsabilidade Civil, aduz que quem causar ilícito a outrem será obrigado a repará-lo. O parágrafo único dispõe sobre a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, havendo previsão legal, ou ainda, pelo risco de atividade perigosa.

Os arts. 949, 950 e 951 tratam da responsabilidade médica. Ressaltando que o art. 951 traz à baila as modalidades de culpa: negligência, imprudência e imperícia.

Dessa forma, o médico que no seu labor causar lesão ao paciente, por culpa, ficará obrigado ao seguinte.

a) no caso de lesão ou outra ofensa à saúde: deverá indenizar o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido provar haver sofrido;

b) no caso de interromper o exercício do ofício ou da profissão, ou ainda, de diminuir a capacidade laborativa: deverá indenizar, além de pagar as despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

c) no caso de morte do paciente: pagamento das despesas com o tratamento do paciente, seu funeral e o luto da família; prestação de alimentos às pessoas a quem o morto e os devia, levando-se em consideração a duração provável da vida da vítima.

O paciente prejudicado, se desejar, poderá compelir o médico a pagar a indenização, que será arbitrada, de uma única vez.

O art. 14, §4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aduz que a responsabilidade será apurada mediante a verificação da culpa, pressupondo um atuar negligente, imprudente ou imperito.

O Código de Ética Médica – Resolução 1.246 de 1988 – dispõe que o médico deve atuar, sempre, em benefício do paciente e jamais gerar-lhe sofrimento físico ou moral e atos contra a sua dignidade (arts. 1º ao 6º).

A doutrina distingue a responsabilidade por violação de obrigação oriunda de negócio jurídico, cujo não cumprimento estabelecerá o fato ilícito causador do dano, caracterizando uma relação contratual entre médico e paciente, e a responsabilidade delitual ou extracontratual, que advém de um ato ilícito, violador do dever de diligência e prudência, que rompe as normas de convivência social, causando dano ao paciente.

A primeira encontra fundamento no art. 951 do Código Civil que se refere à atuação profissional do médico, e a segunda, no art. 186 do Código Civil.

Apesar das regras que cominam em consequências diversas, a doutrina moderna tende à coesão do sistema. Todavia, a responsabilidade médica não segue um sistema único. Podendo ser contratual, oriunda de um contrato realizado livremente entre paciente e médico, ou extracontratual, em situações residuais e excepcionais.

1.1.Responsabilidade extracontratual

A responsabilidade extracontratual surge quando, ausente pacto firmado entre médico e paciente, determinadas circunstâncias do cotidiano realizam o encontro entre médico e doente, cabendo ao profissional o dever de prestar assistência, como no caso de um ferido em plena via pública, ou em situações emergenciais de intervenção em favor de um doente mental, e ainda, o médico que trabalha em hospital público como servidor. Nessas situações não há contrato entre o médico e o paciente.

Os casos de urgência e emergência inserem-se na responsabilidade extracontratual, tendo em vista a necessidade imediata de cuidados médicos para salvaguardar a vida do doente.

As definições de urgência e emergência não se confundem. A Lei nº 9.656 de 1998, em seu art. 35, letra c, e a Resolução nº 1.451 de 1995 – exarada pelo Conselho Federal de Medicina – em seu art. 1º, parágrafo 1º, tipificam as distinções.

O art. 35, letra c, da Lei nº 9.656/98 define as situações de urgência e emergência nos contratos de planos privados de assistência à saúde da seguinte maneira:

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

III - de planejamento familiar. (Incluído pela Lei nº 11.935, de 2009)”

De outro lado, a Resolução do CFM nº 1.451/95, art. 1º, parágrafos 1º e 2º, definem urgência e emergência:

“Parágrafo primeiro - Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

Parágrafo segundo - Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato.”¹

Em França, o art. 4º do Decreto nº 74-27 de 14.01.1974, relativo às regras de funcionamento dos centros hospitalares e dos hospitais locais, regula as providências para admissão do doente em caso de urgência:

“Se o estado de um doente ou de um ferido exige cuidados urgentes, o diretor geral (ou o diretor) deve providenciar a admissão, mesmo na ausência de todas as peças do registro civil e de toda informação sobre as condições nas quais os gastos de hospitalização serão reembolsados ao estabelecimento; mas geralmente, ele toma todas as medidas para que os cuidados urgentes sejam assegurados.”

O termo “eletivo” é utilizado na seara da Medicina em contraposição às expressões “de urgência” e “de emergência”, ou seja, trata-se de procedimento passível de planejamento para os dias seguintes ou até mesmo para os meses subsequentes. Os tratamentos e as cirurgias eletivas devem ocorrer no prazo entabulado entre médico e paciente, sob pena de se convolarem em situações emergenciais, podendo gerar risco de morte.

O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, consagrou como direito fundamental o acesso à Justiça, acrescentando a expressão “ameaça de direito”, para alcançar as tutelas de urgência, previstas atualmente no art. 300 do Novo Código de Processo Civil.

O direito à saúde não é apenas um direito básico tutelado pela Constituição, mas também por diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, pois a saúde é fundamental ao direito de viver dignamente.

A Ciência do Direito interfere na Ciência Médica para impor conduta profissional – como o dever de empenho – para limitar a liberdade

1 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.451 de 10 de março de 1995. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm>. Acesso em: 28 mar 2017.

de contratar, para impor o dever de respeitar a vontade do paciente ou desrespeitá-la, nos casos de urgência ou emergência, em caso de perigo de vida, ou seja, a ingerência é notória tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual.

Na responsabilidade extracontratual a comprovação da culpa do agente causador do dano é ônus do autor; por nesta senda, como já explicitado, o médico atuar em situações excepcionais, cumprindo o dever profissional exigido pelo ordenamento jurídico. Diferentemente da responsabilidade contratual, em que não há se falar em culpa provada, pois se trata de culpa presumida.

Assim, a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual reside na carga da prova atribuída às partes. Na responsabilidade contratual, cabe ao lesado provar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade, atribuindo ao réu o encargo de demonstrar que não deu causa à lesão ocorrida. Na responsabilidade extracontratual, o autor da demanda deve provar a ocorrência de uma ou mais modalidades da culpa - negligência ou imperícia - do médico, causador da lesão, além do dano e do nexo causal, isentando-se o profissional de indenizar o autor, caso não haja a configuração do ônus probatório. Na realidade, essa diferença só terá significado jurídico quando do pronunciamento de outra distinção relativa à responsabilidade médica, qual seja: obrigação de meios e obrigação de resultado.

1.2 Obrigação de meios e obrigação de resultado

1.2.1. Obrigação de meios

A responsabilidade contratual advém de um contrato entre médico e paciente, por meio da reunião de vontade, mas existem, também, casos em que doente mental, como: ausência de vontade por impossibilidade de expressão - doente mental, ou, ainda, no caso de pessoa inconsciente.

Contudo, independente da natureza da relação jurídica-contratual ou extracontratual - o médico está adstrito à obrigação de meios, não se atrelando ao compromisso de curar o doente, e, sim, ao emprego de tratamento adequado e consciencioso, observando a orientação da ciência.

É cediço que o arcabouço da tese de que o exercício da Medicina abrange obrigação de meios e não de resultado advém do acórdão da Corte de Cassação francesa, exarado em 1936, em processo que versou sobre res-

ponsabilidade médica. Afirmava a decisão que o compromisso do médico, se não evidentemente de curar o doente, ao menos de proporcionar-lhe cuidados conscienciosos, atentos, e, feita ressalva de circunstâncias excepcionais, que estejam de acordo com os elementos científicos estabelecidos.²

Os meios se ajustam ao caso apresentado, sendo provável que conduza ao resultado – a cura do doente – sem que haja promessa, pois permitir o contrário seria determinar uma obrigação de resultado inconciliável com o risco oriundo do exercício da Medicina.

Na obrigação de meios, o médico só será responsável quando ocorrer ausência de lealdade ou falta de habilitação técnica, ou, ainda, falta de diligência e prudência, deflagração do dano. Nesta espécie de obrigação, o ônus probante ficará a cargo do paciente.

Ricardo Pereira Lira ensina que:

“Assim, o conteúdo da obrigação é puramente o comportamento do devedor, e ao analisar-se a ocorrência ou não do cumprimento da obrigação não se cogita do resultado final. Assim, se o obrigado agiu, com prudência e diligência, praticando o que estava a seu alcance para conseguir a meta almejada pelo credor, a obrigação está adimplida, embora a meta optada possa não ter sido atingida.”³

A obrigação do médico, na sua essência, é uma obrigação de meios, ausente a obrigatoriedade de cura do paciente. O profissional se obriga a utilizar os meios e cuidados, procedimentos de diligência e de prudência, para obter um resultado que, por se cuidar de ser humano, depende do acaso e da incerteza.

1.2.2. Obrigação de resultado

Na obrigação de resultado, o médico se obriga a alcançar um determinado objetivo. A não execução da obrigação gera o descumprimento do pacto, pois o resultado prometido não ocorreu. A responsabilidade surge quando o dever jurídico não é alcançado. A culpa do profissional é presumida, cabendo ao médico comprovar que agiu de maneira diligente e o resultado só não ocorreu em razão da presença de uma das excludentes da

² NICOLAS, Guy. *La responsabilité Médicale*, Flammarion, 1996, p. 31.

³ LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, nº 6, pp. 75-82, set./dez. 1996, p. 78.

responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, fortuito externo, força maior. Ausente a prova de uma dessas causas, a responsabilidade se faz presente.

O corpo humano possui caminhos sinuosos, podendo causar surpresa ao profissional quando da finalização de um tratamento, pois o cumprimento da obrigação se desenrola em uma faixa aleatória, dependendo do acaso. Cada ser possui suas próprias peculiaridades. O sucesso absoluto de uma cirurgia realizada em determinada pessoa, em caso semelhante, pode não ensejar o resultado favorável em outra pessoa.

É pacífico que na cirurgia plástica reparadora a obrigação é de meios, pois a mácula estética geralmente, ou é genérica, ou se instala no corpo por alguma causa superveniente ao nascimento, como um acidente automobilístico que deixa cicatrizes profundas. Na cirurgia de embelezamento, o paciente apresente um corpo sadio, são. As imperfeições advêm de uma necessidade psicológica, ou não, do paciente em melhorar sua estética, ou em diminuir o enfeamento. Em ambos os casos, segundo o melhor entendimento, a obrigação é de meios, e não de resultado.⁴

Diariamente, os programas televisivos, por meio dos anúncios por eles veiculados, oferecem cirurgias plásticas (de mama, glúteos, abdômen, face), garantindo pleno sucesso na intervenção. Comprometem-se a modificar a aparência e a vida dos telespectadores desavisados, e, pasmem, garantem similitude com celebridades, e o pagamento do serviço pode ser realizado em módicas e intermináveis parcelas, o que seduz o consumidor e atrai a relevância do contrato de obrigação de resultado. Esta prática é ilegal, viola o disposto no art. 104 do CC (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prevista ou não defesa em lei), afasta-se do mundo jurídico, não podendo ser considerado no campo desta pesquisa.

Não se pode generalizar. A classe médica, em sua maioria, é composta de profissionais diligentes que observa a ética e a boa-fé objetiva.

A Resolução nº 81/97 do CREMESP (D.O.E. de 19.06.1997), em relação à expectativa de um resultado favorável, descreve, em seu art. 4º, que: “Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, o médico não deve prometer resultado ou garantia do tratamento. O médico deverá informar ao paciente, de forma clara, sobre os benefícios e riscos do procedimento.”

⁴ Por tais razões, com máxima vênia, hão de ruir duas concepções, porque errôneas, injustas e imprestáveis à exata compreensão do instituto da responsabilidade, notadamente do cirurgião plástico: a primeira, a distinção entre cirurgia plástica reparadora e estética. E a segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para outra. Em outro dizer, a cirurgia plástica – seja reparadora, seja estética – é sempre uma obrigação de meio de diligência e prudência e não de fim ou resultado”. (MAGRINI, Rosa Jane, Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 48, nº 280, fev. 2001, p.80)

A Ciência Médica aceita a falibilidade na cirurgia estética, por se tratar exatamente de um ato cirúrgico, passível de complicações e acidentes, que, por vezes, independe do atuar do cirurgião. Esses fatores poder surgir antes, durante ou após a operação, mas o ponto nodal para a aceitação da falha é a inoportunidade de erro médico.

Para que a cirurgia plástica seja bem sucedida, faz-se necessário o cumprimento das orientações médicas – como repouso, abstinência ao álcool e ao fumo – pelo paciente. Caso contrário, poderá ocorrer problemas e eventual mudança no resultado da cirurgia.

Quanto à dúvida relativa aos fatos biológicos, não há diferença quanto ao procedimento reparador e ao procedimento estético. A reação do conjunto de órgãos é a mesma nas duas hipóteses. A biologia não cria distinção, pois as particularidades hostis e invasivas são as mesmas em qualquer procedimento cirúrgico.

O que se deve considerar é o fato de que na cirurgia estética a intervenção não se faz necessária, tratando-se de um evento eletivo.

Nestor José Forster defende o entendimento que caracteriza a cirurgia estética como geradora de obrigação de meios, não de resultado:

Basta, portanto, que o cirurgião plástico empregue toda a técnica médica consagrada e adote as cautelas indicadas para o ato cirúrgico para que se exima do resultado. Evidentemente, não se focaliza aqui o cirurgião que assume o compromisso com o paciente de atingir determinado resultado. É claro que se tal compromisso existir, ele responde por inteiro pelos resultados que discrepem daqueles buscados pelo paciente e prometidos pelo profissional.⁵

A reponsabilidade médica é fundada em casos concretos, e não em princípios gerais, por ser casuística. Cada tratamento, cada cirurgia - ocorrendo sucesso ou não – possui características e matizes próprias, e em relação a cada signo é que a contenda será analisada e decidida.

1.3 Responsabilidade Contratual

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico maculado possui por base a vontade dos contratantes, ante a não observância da obrigação contraída pelas partes, que enseja a responsabilização.

⁵ FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, abr. 1997, p.87.

O art. 421 do Código Civil regula a liberdade de contratar, desde que os pactuantes observem a função social do contrato, cujos elementos nodais são a ética e a boa-fé objetiva.

Assim, quando uma das partes do contrato violar o dever jurídico oriundo do contrato por ela firmado, surgirá a responsabilidade contratual.

2. O CONTRATO MÉDICO COMO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A Constituição, em seu art. 7º, inciso XXXII, proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual entre tais profissionais. Deve prevalecer um único critério para a qualificação jurídica dos contratos entabulados com as pessoas que exercem profissões liberais. Assim, a natureza jurídica da relação entre médico e paciente é de contrato de prestação de serviços.

Consiste o contrato na obtenção dos serviços ou conhecimentos técnicos do profissional visando à cura do doente. Em contrapartida, o profissional terá direito a uma retribuição financeira.

Para que o contrato de prestação de serviços seja válido, deverá restar presenciado o conjunto de itens dispostos nos incisos do art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

O médico e o paciente deverão demonstrar a legitimação para deflagrar o pacto, bem como expressar livremente o consentimento para a elaboração do contrato. O dever de informação é de suma importância. O objeto do contrato é o ato médico que possui como fim precípua a saúde do homem. O ato médico engloba o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento. Não obstante o princípio da liberdade de pactuar, o ideal é que o contrato seja realizado por escrito, e não verbalmente, para assegurar a ambas as partes esteio probatório caso haja futura celeuma a ser resolvida em sede jurisdicional, homenageando, outrossim, o equilíbrio contratual.⁶

Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior, em artigo doutrinário sobre os princípios do direito contratual, explica que:

⁶ Segundo Orlando Gomes: “O contrato é um pressuposto de fato do nascimento de relações jurídicas, umas das principais, senão a mais importante, fontes ou causa geradora das obrigações, o título de criação de nova realidade jurídica constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos. Além de ser causa eficiente desse complexo de direito e obrigações, o contrato de tem ser encarado no segundo aspecto assinalado, isto é, como vínculo ou resultado que produz, a relação contratual a que da nascimento, os efeitos que provoca entre as partes. Em síntese: conteúdo e eficácia.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 15).

“A partir do texto constitucional, pode-se constituir uma argumentação em torno desta nova realidade contratual. A República Federativa do Brasil possui como objetivo fundamental – entre outros – “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, reza o inc. I do art. 3º da CF/88. A equidade ou o equilíbrio nas relações contratuais, há de se constituir num dos princípios de se valerá o sistema para alcançar aqueles escopos traçados na Carta Magna. Embora se tutelem, enquanto princípio fundamental, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF/88 art. 1º, IV), o estabelecimento das convenções deverá pautar-se de acordo com ideais de justiça e equidade a fim de que se não avilte, de outro lado, a dignidade pessoa humana, também princípio fundamental (CF/88 art. 1º, III) – em verdade o mais importante deles todos. Um equilíbrio entre as prestações contratuais, de modo que um dos contratantes não aufira, em face do outro, vantagem manifestamente excessiva responde ao ideal de justiça contratual que permeia o ordenamento jurídico.”⁷

Para sedimentar a pesquisa sobre o contrato de prestação de serviços médicos, faz-se necessária a análise das suas fases, que se subdividem em: fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual.

2.1. Fases do contrato médico

2.1.1. Fase pré-contratual

2.1.1.1. Natureza do pré-contrato

Duas teorias afloram no que concerne à natureza da fase pré-contratual. A primeira ensina que o cerne dessa etapa é a obrigação de pactuar, devendo as partes emitir a declaração de vontade, já que a vontade é um dos elementos precípuos do contrato, cuja ausência de vontade do agente pode gerar vício de consentimento, como: erro, dolo e coação. A segunda corrente possui como fim principal a imposição de deflagrar novo contrato, revertendo-se em uma obrigação de fazer. A tendência é tornar o pré-contrato em

⁷ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. *Revista de Direito Privado*. v. 12, out./dez. 2002, p. 153.

um negócio jurídico, exurgindo uma faculdade de exigir a eficácia imediata de outro pacto.⁸

Regis Fichter Pereira enquadra a responsabilidade civil pré-contratual como uma terceira espécie de responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade civil contratual e da responsabilidade civil aquiliana, elencando, assim, as quatro hipóteses de disposição da responsabilidade pré-contratual:

“A responsabilidade civil pré-contratual tem quatro hipóteses típicas, nas quais pode se configurar: a) quando tenha havido a ruptura injustificada das negociações contratuais; b) quando durante o desenrolar das negociações um dos contraentes venha a causar danos à pessoa ou aos bens do outro contraente; c) quando tenha ocorrido o estabelecimento de contrato nulo ou anulável e um dos contratante conhecia ou deveria conhecer a existência do vício no negócio jurídico; d) quando, mesmo instaurada a relação jurídica contratual, das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados.”⁹

O autor distingue a fase pré-contratual do contrato preliminar, afirmando que, no caso de pré-contrato ou contrato preliminar, o contrato já existe. O exemplo citado é a previsão de arras, de conformidade com a previsão legal contida nos arts. 417 e 420 do Código Civil. Nesses casos, não incide a responsabilidade pré-contratual, tendo em vista a existência da relação jurídica obrigacional oriunda do contrato. O não cumprimento da obrigação inaugura a responsabilidade civil de natureza contratual.¹⁰ Não obstante, em determinadas relações jurídicas pode ocorrer a concorrência de responsabilidades, ou seja, a presença da responsabilidade de natureza contratual e da responsabilidade de natureza pré-contratual, respectivamente.¹¹

⁸ GOMES, Orlando. *Op. Cit.* pp. 151-152.

⁹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *Op cit.* pp. 102-103.

¹⁰ “O pré-contrato já é em si um contrato. Ele estabelece uma relação obrigacional entre as partes, cujo objeto consiste no estabelecimento de uma outra relação jurídica contratual definitiva. Em sendo assim, o tipo de responsabilidade decorrente de pré-contrato é de natureza contratual e não de natureza pré-contratual, como poderia parecer à primeira vista.” (PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro. Renovar, 2001. Pp. 109-110)

¹¹ “É possível, não obstante, que se verifique em certas situações concorrência de responsabilidades. Ao lado da responsabilidade de natureza contratual existe, v.g., por força da estipulação de arras penitenciais, pode eventualmente surgir responsabilidade de natureza pré-contratual, quando um dos contraentes tenha iludido o outro na fase de formação do contrato, situação em que o dever de indenizar pode superar o valor estipulado pelos contraentes por ocasião da estipulação das arras.” (PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 111-112.)

Enéas Costa Garcia distingue as negociações preliminares do contrato preliminar da seguinte forma:

“O contrato preliminar é dotado de exequibilidade. O seu inadimplemento enseja a aplicação dos princípios da responsabilidade contratual. Em determinadas circunstâncias pode a parte lesada obter a declaração judicial que supre o inadimplemento do contrato preliminar ou compelir o inadimplente, via preceito cominatório a concluir o contrato definitivo. As negociações preliminares não permitem esta execução específica da obrigação de fazer. Em princípio, não admitem a persecução do interesse positivo do contrato. Em síntese: somente o contrato preliminar é obrigatório, dotado inclusive de execução específica.”¹²

2.1.1.2. A relação contratual

A etapa preparatória encontra-se presente em todas as negociações. Nesse momento, cada um dos pactuantes examina o benefício e desvantagem, caso ocorra, da relação jurídica proposta, concluindo pela celebração do contrato.

A responsabilidade civil no atendimento médico é contratual. Assim, na fase preparatória, em que o paciente marca consulta e não comparece ao consultório, não há o aperfeiçoamento do contrato, não gerando obrigação oriunda da fase pré-contratual.

É cediço dizer que, antes de ordenamento jurídico oferecer consentimento ao profissional de saúde em interferir no corpo humano, evidentemente sempre em prol do bem-estar do homem, fisicamente e/ou mentalmente, existe a obrigatoriedade de um saber científico, como explicita Vera Maria Jacob de Fradera:

“Antes de consentir a um homem a possibilidade de utilizar técnicas médicas em outros seres humanos, impõe-lhe a lei certas aptidões e conhecimentos específicos, verificado em um curso regular de Medicina, constituído o diploma médico apenas uma introdução na profissão. Com isto quer-se demonstrar que a técnica médica, progredindo sem cessar, impõe a todo profissional nesta área, o dever de acompanhar, de forma per-

12 GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 34.

manente, o seu desenvolvimento, tendo em vista o interesse dos seus pacientes. Deve o médico ter pleno domínio não somente das técnicas adquiridas durante o seu curso universitário, como, igualmente, o daquelas contemporâneas a cada um de seus atos profissionais.”¹³

O contrato médico é sinalagmático, ante a reciprocidade das obrigações; consentindo, ante a ausência de viabilidade de uma decisão arbitrária; tácito, além de se expresso o consentimento do paciente em determinadas situações, como no caso de um ato cirúrgico em que o paciente firma documento de consentimento e informação de todas as possíveis ocorrências do ato médico, incluindo as consequências do risco operatório.

A relação médico-paciente, que se cuide de profissional liberal ou de médico que possua uma relação empregatícia com um hospital público ou particular, faz emergir uma condição contratual, formando, assim, um vínculo obrigacional.

Segundo Ricardo Pereira Lira:

“Na maioria dos casos, a atividade profissional do médico é consentida, senão solicitada, resultado de um consenso entre o profissional e o cliente, ou, se for o caso, seus parentes. Nessa hipótese há um contrato, como referia SABATIER, que intervem entre o médico e o paciente, justificando a atividade profissional, e marcando a natureza e extensão dessa atividade, a ser desenvolvida de acordo com as normas técnicas e éticas.”¹⁴

2.1.2. Fase contratual propriamente dita

Nessa fase, o contrato entabulado entre as partes exsurge no mundo jurídico, tomando cor e vida. A partir da assinatura dos pactuantes firmada no documento, os direitos e obrigações das partes se tornam patentes e o que foi dito e anuído na fase pré-contratual passa a integrar o contrato de prestação de serviços.

A responsabilização opera-se por culpa, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, ou por dolo, vontade consciente do médico

13 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **AJURIS**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano XIX, v. 55, 1992, p.122.

14 LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n° 6, pp. 75-82, set./dez. 1996, p. 80.

ou até mesmo do paciente quando, por exemplo, ingere algum medicamento antes da realização de uma intervenção cirúrgica, ausente ciência e autorização do médico, provocando o insucesso do procedimento. Já o médico assume a obrigação de atuar observando as normas técnicas e éticas.

Os danos advindos da execução de determinados procedimentos deverão ser analisados, minuciosamente, para que se conclua quanto à responsabilidade do médico ou não.

Na atualidade, a atividade de reprodução humana assistida é o charme da medicina. Todavia, no procedimento reprodutivo propriamente dito, poderão ocorrer máculas à receptora ou ao pupilo que está por vir, oriundas da própria técnica reprodutiva, como ensina Elimar Szaniawski:

Para nós, a implantação de mais de dois embriões na paciente contraria a melhor doutrina médica, e os danos resultantes da extrapolação deste limite pelo médico constitui-se em prática de ato ilícito, caracterizando-se, pelo menos, a prática de dano moral. No entanto, no Brasil, o médico está respaldado pelo disposto na alínea nº 6 do item I da Resolução nº 1.358/92 do CFM, podendo transferir para a mulher até a quantidade de quatro embriões por tentativa de reprodução. Constatado, porém, que o médico desobedeceu às recomendações contidas no item I, alínea 6, da Resolução nº 1.358/92 do CFM, transferindo para a paciente receptora número superior a quatro ócitos ou pré-embriões e vier a ocorrer aborto ou outros danos à paciente, deverá o médico responder civilmente pelos danos causados, inclusive por dano moral, por causar sofrimento e frustrações desnecessárias ao casal que se submeteu ao procedimento reprodutivo.¹⁵

Quanto à responsabilidade hospitalar, esta se caracteriza quando o dano, o nexo de causalidade e o defeito do serviço se apresentam, como no caso de o paciente contrair o vírus da hepatite B em virtude dos serviços de hemodiálise realizados nas dependências do nosocômio.

A prestação de serviços de saúde divide-se em hospedagem hospitalar, ou seja: guarda do doente, fornecimento de dieta e dos medicamentos receitados pelo médico: e os atos praticados pelos profissionais médicos, como: diagnóstico, anestesia, cirurgia e tratamentos. Ambos os atos decorrentes da prestação de serviços devem ser ofertados a contento, pois, caso contrário, poderá emergir a responsabilidade objetiva do hospital, configurando lesão na fase contratual propriamente dita.

15 SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. 1. Ed., v.6. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176.

Os produtos e serviços colocados à disposição dos pacientes, quer pelos hospitais e clínicas, quer por profissionais do campo médico, devem atender às expectativas de segurança que deles se espera, refutando a possibilidade de aparecimento da periculosidade, o que acarretará uma sensível redução dos danos causados aos enfermos quando da prestação dos serviços na etapa contratual propriamente dita, o que, obviamente, evitará o surgimento de lesão na fase pós-contratual.

2.1.3. Fase pós-contratual

A denominada *culpa post pactum finitum* é pouco difundida no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, ante os poucos casos que comportam tal fenômeno, na jurisprudência.

A responsabilidade pós-contratual se perpetua mesmo após a extinção do contrato, homenageando os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da lealdade. Ademais, os chamados deveres acessórios de comportamento permanecem, como o dever de informação, dever de sigilo e dever de cooperação.

Enéas Costa Garcia sustenta que o dever de informação prestado pelo médico pode ecoar na fase pós-contratual:

“Cremos que, por força da regra da boa-fé objetiva, este dever de informação subsiste ainda na fase pós-contratual, não se limitando apenas ao período no qual se encontra em curso o tratamento. Em algumas situações (ex.: discussão a respeito dos honorários, ação de responsabilidade civil) é justamente na fase pós-contratual que este dever de informação tornar-se-á mais necessário. O fim do dever principal de prestação (tratamento) não faz cessar os deveres acessórios da conduta.”¹⁶

Percebe-se que os deveres acessórios de conduta usufruem autonomia diante dos demais deveres impostos aos contratantes, aparecendo em determinadas etapas do contrato propriamente dito, bem como no estágio seguinte: fase pós-contratual.¹⁷

¹⁶ GARCIA, Enéas Costa. **Op. Cit.** p. 233.

¹⁷ Sílvio de Salvo Venosa observa que: “[...] essa responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post factum finitum*, decorre primordialmente do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos. Trata-se de um dever acessório de conduta dos contratantes, depois do término das relações contratuais, que se desprende do sentido individualista do contrato imperante até o século passado e se traduz em um sentido social das relações negociais, como, aliás, propõe o atual Código Civil. Os contratantes devem assegurar à outra parte a tranquilidade na execução do contrato.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 5. Ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2005, p. 516.)

Para que se caracterize a responsabilidade pós-contratual faz-se necessária a presença dos seguintes elementos deflagradores da responsabilização: dano; nexo de causalidade; e a demonstração da presença de um comportamento oposto à boa-fé, ou seja, violação de um dever acessório, não obstante a prática de uma conduta lícita em sua essência e, por fim, a extinção do contrato pelo seu cumprimento.

No que tange à natureza jurídica, há quem entenda ser a responsabilidade pós-contratual estimada como contratual e há quem defenda a presença da responsabilidade aquiliana (art. 186 do Código Civil). No primeiro caso, haverá a inversão do ônus da prova e na segunda hipótese, a comprovação da culpa é imprescindível.

O art. 422 do Código Civil não menciona a observância dos princípios de probidade e boa-fé na fase pós-contratual. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” O Projeto de Lei nº 6.960/2002 pretende introduzir no referido artigo a fase pós-contratual, preenchendo a lacuna existente. É de se observar que a boa-fé traduz-se em cláusula geral, bastando, assim, o legislador ordinário ofertar proteção aos pactuantes desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, dispensando a salvaguarda de etapa por etapa do pacto.

É cediço fazer a distinção entre pós-eficácia aparente, pós-eficácia virtual e eficácia continuada. A pós-eficácia aparente traz em seu bojo efeitos oriundos da norma. Diante do dever de o médico realizar os curativos e subtrair os pontos cravados no corpo do paciente após a intervenção cirúrgica, ocorrendo a inexecução, não há se falar em responsabilidade pós-contratual.

Para bem enquadrar as fases do contrato no campo cirúrgico é preciso dizer que a cirurgia, segundo o Dicionário Houaiss, “é o tratamento ou reparação feita por processos operatórios”.¹⁸ Todavia, cirurgia é mais do que isso. O cirurgião, na modernidade, conduz o paciente pelas fases de diagnóstico, preparo pré-operatório, intervenção cirúrgica propriamente dita, pós-operatório e reabilitação, englobando, assim, a prestação dos serviços médicos da fase pré-contratual à pós-contratual. Em qualquer especialidade cirúrgica, como: do uso e costume (cirurgia geral, cirurgia plástica, cirúrgica dentária); da faixa etária em que atua (cirurgia pediátrica); das doenças tratadas (cirurgia oncológica, traumatocirurgia), exige-se um profissional habilitado,

18 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 94.

atuando com perícia, prudência e diligência em todas as fases de seu trabalho, de forma semelhante a outro profissional que atue no mesmo contexto.

Na pós-eficácia virtual, a obrigação complementar surge após a extinção da obrigação principal. O médico não entrega ao enfermo os exames realizados em seu poder após a feitura do tratamento com sucesso.

Já na eficácia continuada, extingue-se o dever de prestação primário, continuando presentes os demais componentes até o cumprimento total da obrigação.

Marco Antonio Trevisan esclarece o tema:

“Há casos em que se caracteriza apenas a pós-eficácia *aparente*, e que não retratam a responsabilidade pós-contratual. Nesses casos, a lei associa de modo expresse certos deveres à extinção das obrigações. A pós-eficácia *virtual* se verifica nas situações obrigacionais complexas nas quais estão previstos, desde o seu início, certos deveres que só poderão ser observados quando da sua extinção. E a eficácia continuada se verifica naqueles deveres que, previsto pelas partes ou pela lei, mantêm sua eficácia depois de extinto o dever primário ou principal.”¹⁹

Após a análise das fases do contrato, pode-se afirmar que, no milênio atual, os contratantes deverão observar com rigor os princípios da boa-fé objetiva, da lealdade e da transparência máxima com o intuito de cumprir o pactuado, evitando a inexecução que poderá ensejar a responsabilização.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS.

3.1. A função social na seara constitucional: respeito aos direitos do homem

A expressão “função social” homenageia as exigências ético-sociais, trazendo princípios e normas de bom viver em sociedade, com o fito de valorizar a humanidade.²⁰

19 TREVISAN, Marco Antonio. Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 16, ano 4, out./dez. 2003, p. 210.

20 “Não podem, portanto, ficar alheias ao conceito de função social do contrato as questões que guardem relação com a dignidade do ser humano, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais(...) Primeiro elemento importante ao estudo da função social do contrato é a noção acerca do bem comum, pois tratar de função social de um direito equivale a tratar das medidas em que esse direito deve ser exercido para que seja promovido o bem comum. (SAN-

A função social do contrato deve ser visualizada com arrimo no interesse da sociedade, que deflagra, dia após dia, diversas relações contratuais, bem como as regras constitucionais que versam sobre a significação dos direitos humanos.

Alexandre de Moraes leciona o seguinte:

“A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal dos princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalta-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.”²¹

A função social expressa a preponderância do interesse público sobre o interesse privado. Atenta, assim, ao cumprimento do objetivo primordial do Poder Constituinte originário de 1988: diminuir as desigualdades sociais e enaltecer os direitos de terceira geração: solidariedade e fraternidade.²²

A função social do contrato busca uma sintonia entre a participação coletiva e a individual, coadunando o princípio da liberdade com o princípio da igualdade.

Segundo Thomas Hobbes, em sua brilhante obra *Leviatã*, de 1651:

“Atribuir a um homem um alto valor é honrá-lo em um baixo valor é desonrá-lo. [...] O valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade”.²³

TOS, Eduardo Sens do. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais**: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. v. 3, n. 10, abr./jun. 2002, p. 16.)

21 MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição de República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 3. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2000, p. 21.

22 “Resta patente, nesse sentido, que, se o conceito de justiça contratual transitou do voluntarismo contratual para a solidariedade social, o conteúdo da segurança jurídica também se modificou. E qual seria ele? Para cumprir o valor constitucional da solidariedade, isto é, para se alcançar o contrato funcionalizado, são inadmissíveis efeitos contratuais que aniquilem uma das partes do contrato, que vulnere um setor da cadeia de consumo, que distanciem as posições econômicas envolvidas. Enfim, a segurança jurídica contratual se posiciona, atualmente, no equilíbrio inicial, se o contrato é de execução instantânea, ou na sua constância, quando se tratar de contrato de execução sucessiva ou diferida. Na prática, mostra-se imperioso não permitir o aniquilamento de nenhum dos contratantes e de se fazer cumprir, com rigor, o valor constitucional da solidariedade”. (NALIN, Paulo, A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3., n. 12, out./dez. 2002, p. 60).

23 HOBBS, Thomas, **Op. Cit.**p. 71.

E mais, na citada obra, primeira parte, o escritor ensina que a lei natural de autopreservação da humanidade deve ser perseguida pelo homem, principalmente em razão de no novo século a dignidade da pessoa humana ser direito principal para toda a coletividade.

Os contratos devem estabelecer uma ordem social balanceada, com o fim de evitar prejuízo para a coletividade, de acordo com o art. 170, *caput*, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” O inciso III informa sobre o princípio da função social da propriedade.

Após o advento da Carta Maior, o cerne do contrato passou a ser a solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988).

A dignidade da pessoa humana encontra-se encartada no artigo 1º, III, da Constituição Federal, não podendo esquecer o preâmbulo que vela por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Como o presente trabalho versa sobre a prestação de serviços médicos, é imprescindível citar o art. 196 do diploma constitucional que aduz sobre a saúde: A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Assim, a qualidade de vida é ponto vital para a perpetuação do ser humano, devendo restar inabalável sua integridade física e psicológica, para que o regramento constante em sede constitucional seja aplicado, sob pena de comprometimento do futuro da humanidade.

3.2. A função social do contrato médico

O contrato exterioriza as operações econômicas, veiculando a conduta do homem que deflagra a transformação, a evolução e o progresso social.

O contrato é fundado no consensualismo, no encontro de vontades de pessoas que expressam o poder de autodisciplina de seus próprios interesses.

A autonomia privada é uma garantia legal que sucumbe apenas diante do interesse público e da lei.

No direito dos contratos, a autonomia privada aparece em três nítidas situações: poder de contratar ou não; poder de escolher com quem contratar e poder de determinar o conteúdo do pacto.²⁴ Dessa forma, a autonomia privada possui um condão garantidor ligado aos valores e princípios norteadores do orde-

24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social do contrato. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

namento jurídico com o fito de propiciar a função social do contrato, a equidade contratual e demais valores que circundam os contratos.²⁵

O artigo 421 do Código Civil trouxe a necessidade premente de integrar o contrato na coletividade para a realização dos fins sociais: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

A limitação da liberdade de pactuar significa que o contrato possui o condão de orientar a forma de se contratar, não possuindo apenas um cunho restritivo.

O contrato é o acordo das vontades dos contratantes, assim, a função social do contrato não pode desvirtuá-lo. A cláusula geral constante no citado artigo 421 do Código Civil possui um potencial de domínio maior do que as normas jurídicas estruturadas de forma conservadora, devendo a função social ser utilizada de forma adequada no caso concreto para o impedimento da arbitrariedade.

Vale ressaltar a distinção entre liberdade de contratar e liberdade contratual. A liberdade de contratar é facultativa aos membros da coletividade, conforme a exclusiva vontade dos contraentes. Já na liberdade contratual, as partes poderão escolher entre contratar ou não contratar, todavia, se surgir a desigualdade entre os contratantes, presente a injustiça social, o Poder Estatal intervirá, impondo restrições, em obediência às exigências do bem comum, ante a publicização do direito privado, trazendo à baila a função social.²⁶

A ética deve circundar os contratos entabulados entre as partes, podendo ocorrer a revisão das cláusulas contratuais, garantindo uma execução equilibrada. Sendo assim, a liberdade de contratar será exercida de forma a observar os fins sociais do contrato.

Exemplo de negatização do equilíbrio contratual, evitando a desigualdade, é a prática realizada, indevidamente, pelas cooperativas médicas de inviabilizar o início ou a continuação do tratamento médico, bem como refutar a realização de exames necessária para a obtenção da cura ou a melhoria da saúde do paciente.

A função social, no Código Civil, surge como limite fundamental à liberdade contratual, denominada pelo legislador ordinário de “liberdade de contratar”, delimitando o conteúdo do contrato, negando a derrocada da parte mais frágil, impedindo a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em sede constitucional.²⁷

25 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

26 “No nosso entender, mais que falta de precisão técnico-conceitual de ‘função social do contrato’, impressionou-o a limitação à liberdade de contratar.

27 Na contemporaneidade, no contexto de uma sociedade massificada e plural ao extremo, não é mais aceitável, sob qualquer ótica a analisar, que o contrato seja um instrumento de ruína do contratante mais fraco, levando-o à miséria ou mes-

3.3. A supressão do abuso do direito e a observância do dever de lealdade e do princípio da boa-fé objetiva.

O instituto do abuso de direito foi concebido através de construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, encontrando-se vestígios na teoria do direito romano.

O ato abusivo não se confunde com o ato ilícito, o que diferencia é a natureza da violação a que os atos se referem. No ato ilícito, a pessoa fere diretamente o regramento jurídico, pressupondo-se, então, que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso do direito, a pessoa aparentemente age no exercício do seu direito, todavia, transgride valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito pelo ordenamento, no plano da antijuridicidade.

O Código Civil de 1916 acolheu o abuso de direito de forma modesta, proibindo atos irregulares. Aduz, em seu art. 160, inciso I: “Não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Já o Código Civil de 2002 trouxe o critério do abuso embutido no desvio do direito no que tange à sua finalidade ou função social. Preceitua esse diploma legal em seu art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Assim o abuso do direito encontra-se relacionado ao princípio da boa-fé, como parâmetro para definir os limites do antijurídico.

O princípio da boa-fé objetiva, na taxionomia do Código Civil, é cláusula geral balizadora da validade dos contratos, não só nas relações de consumo como também nas relações civis e empresariais.

O art. 422 do Código Civil refere-se expressamente a esse princípio: “Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

A segurança das relações jurídicas depende da lealdade e da confiança dos pactuantes, impondo o dever de conduta honesta, reta e leal, com o fim

mo entregando sua liberdade em razão de eventual inadimplência contratual, sem qualquer direito de defesa. Vejam-se, por oportuno, diversos exemplos que infringem os direitos humanos privados, segundo o magistério do doutrinador Fernando Rodrigues Martins, a saber: a prisão civil em matéria de alienação fiduciária em garantia: a edição da Resolução 980/84 que, em sede de contrato de leasing, o desnaturou para compra e venda e, como tal, impossibilitou que os arrendatários pagassem somente o aluguel, elidindo o direito de escolha ao final do contrato (art. 6º, II, do CDC); o leilão extrajudicial do bem imóvel adquirido nos termos do De. Lei 70/66, sem interferência do Poder Judiciário; a resolução do contrato de trato sucessivo, ainda que adimplido em larga escala, entre outro. (HORA NETO, João). O princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 4, n. 14, abr./jun. 2003, p. 46)

de preservar a finalidade econômica e a função social do contrato. A eticidade é o elemento norteador do princípio da boa-fé objetiva.²⁸

A boa-fé objetiva surge na fase pré-contratual, estendendo-se até a fase pós-contratual, exurgindo deveres entre os pactuantes como o de informação, o de sigilo, o de proteção e o de lealdade.

O Código Civil inspirou-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, e 51, IV) adotando o princípio da boa-fé objetiva.

O dever de informação deve circundar a fase das tratativas com o intuito de esclarecer ao pactuante o conteúdo do contrato, bem como impedir que o contratante seja surpreendido com cláusulas contratuais que deflagrem a ausência de vontade de contratar, homenageando o princípio da não surpresa.

Na seara consumerista, o dever de informação vincula-se ao princípio da transparência máxima (art. 4º, *caput*, Lei nº 8.078/90).

O dever de informar no contrato de prestação de serviços médicos consiste em o profissional estabelecer as condições do contrato para a utilização dos serviços, além do dever de aconselhamento – informar sobre o tratamento e o estado de saúde do cliente – fornecendo respaldo suficiente para que este decida, avaliando os riscos, sobre o início de determinado tratamento ou não, bem como suportar ou não uma intervenção cirúrgica. O médico deve estar ciente de que o paciente compreendeu as informações ofertadas na fase pré-contratual.

Cuida-se de um desafio relevante, tendo em vista o agravamento da realização dos serviços médicos prestados pelo Estado. A relação médico/paciente se dá de modo deficitário, o que compromete ou até impossibilita a confiabilidade das partes contratantes.

O sigilo profissional encontra esteio no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. O sigilo deve ser mantido. Se necessário, todavia, para que o médico se abstenha de incorrer em quebra de segredo, poderá se fazer valer dos remédios constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

28 “Esse princípio veio importado do direito alemão e foi traduzido de uma expressão desse idioma que significa lealdade e confiança. Por isso o princípio da boa-fé objetiva é uma regra de conduta, um dever, uma obrigação socialmente recomendável. Baseia-se numa conduta fundada na lealdade entre as partes, na confiança e na lisura, na retidão dos objetivos e na consideração para com os interesses do outro, da parte contrária. Em resumo, tutela, emprestando um caráter ético ao direito contratual, a confiança de quem acreditou que a outra parte procederá de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Daí por que no texto do Código Civil, para deixar bem claro a objetividade da boa-fé foi adicionada a expressão ‘probidade’, como se fosse outro princípio, mas apenas para ressaltar que o princípio da boa-fé é justamente essa probidade nas relações negociais.” (SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 13, pp 99-111, jan./mar. 2003, p. 107)

O sigilo do profissional, no caso concreto, deverá ser prudente e diligente no momento da quebra do sigilo, antes as representações legais, éticas, cíveis e penais que norteiam o levantamento do véu protetor do sigilo profissional.

A equidade, a boa-fé, a proibição do abuso do direito podem levar o legislador a excepcionar o princípio da força obrigatória do contrato, pois a comutatividade nos contratos é princípio primordial do Direito.

A cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim, as coisas) oriunda do direito romano, migrou para a modernidade através da teoria da imprevisão decorrente da equivalência das prestações de ordem a coibir a lesão.

A ideia de solidariedade social rompeu com o rigor da obrigatoriedade ditada em Roma.

Para a aplicabilidade da teoria da imprevisão, faz-se necessária a modificação nodal do contrato, em razão de circunstâncias imprevisíveis e imprevistas, além da onerosidade excessiva que sofre um dos pactuantes, tornando inviabilizada a execução do contrato. O art. 478 do Código Civil abraça a teoria da imprevisão. Já o artigo 39, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aduz ser prática abusiva exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

A vedação do desequilíbrio econômico do contrato, homenageando o princípio da boa-fé objetiva e a equidade contratual e a proibição do abuso do direito, repelindo a desigualdade dos contratantes, que promove a indesejável lesão, foi objeto de estudo do Professor Caio Mário da Silva Pereira, que traduz o seguinte:

“O direito positivo, tencionando resolver este problema, não pode desprezar uma parcela subjetiva na formação do contrato, e, repelindo como deve repelir a desproporcionalidade das prestações, via da qual uma das partes retira do negócio vantagem manifestamente superior ao valor que oferece ao co-contratante, terá de articular o conteúdo objetivo com o intencional, para compor a fórmula do desfazimento do negócio usuário. Se a rescisão do ajuste não é suficiente que uma das partes obtenha no lucro auferido o desequilíbrio das prestações; se não basta que um indivíduo sofra em seu patrimônio um desfalque decorrente do contrato ajustado, ainda que a ele conduzido pelas condições de inferioridade que o dominam no momento de avençá-lo, também não pode o di-

reito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite desta situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca. Esta é a tendência que o direito moderno adota, esforçando-se por introduzir no contrato a obediência à regra moral, pretende realizar a justiça, repudiando a exploração do homem pelo homem.”²⁹

3.4. Os serviços médicos prestados ao paciente e a função social do contrato

A atuação profissional do médico é baseada na confiança. A fidúcia é o ponto central da relação médico/paciente. A deslealdade viola o princípio da boa-fé objetiva, insculpido nas normas que protegem o Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990).

O dever de informação também de ser observado, pois ao paciente é dado o direito de saber: o tipo de tratamento a ser realizado; como a doença irá regredir ou progredir; os efeitos colaterais oriundos da utilização de medicamentos, tudo com clareza e no nível de entendimento do doente.

É evidente que a lealdade deve emanar de ambas as partes. O paciente tem o dever de observar as normas de boa conduta, agindo com eticidade, homenageando o princípio da igualdade, fundamental para a preservação da função social do contrato.

Exemplo de comportamento condenável do doente que viola a ética, citado por Irany Novah Moraes é o seguinte:

Comportamento condenável. O paciente não deve jamais abrir o relatório de exame que está endereçado ao médico. Antes de mais nada, ele estará violando correspondência alheia e, embora esta lhe diga respeito e a ele pertença, corre o perigo de que, não sabendo interpretar o exame venha a atrapalhar-se com o resultado. Somente o médico solicitante terá condições de analisar o resultado para elaborar o diagnóstico, pois poderá rejeitá-lo e mandar repetir o exame ou ainda discutir o grau de certeza de quem o fez, pois ambos sabem que a clínica é soberana. O paciente tomando conhecimento de um dado isolado pode afligir-se com o que, para seu médico, ainda é conseqüência ou até resultado incompatível com o quadro clínico.³⁰⁻³¹

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.118.

³⁰ MORAES, Irany NOvah. **Erro Médico e a Lei**. 3. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174.

³¹ Vale ressaltar que caso típico de não observância da norma constante no inciso XII, 1ª figura do art. 5º, da Carta Maior

Não há como dissertar sobre a função social do contrato sem tocar no assunto a seguir. Na modernidade, a chamada socialização do risco norteia diversos setores, como no caso de acidente de trabalho, transportes aéreos, ferroviários, bem como a responsabilização médica.

É cediço que diversos pacientes alegando erro médico ingressam perante o Poder Judiciário requerendo indenizações por danos materiais e extrapatrimoniais, em restando viabilizada e bem-sucedida a demanda poderá ocasionar a ruína financeira do prestador de serviço ante as vultosas obrigações de indenizar. Por outro lado, o lesado poderá ter o pedido julgado procedente, ausente o recebimento do *quantum* devido diante da insolvência do médico/devedor. A socialização do risco ameniza tais situações, permitindo ao responsável oferecer garantias sem afastar a responsabilidade, rendendo homenagens ao princípio da boa-fé objetiva, à lealdade, à transparência máxima, enfim, observando a função social do contrato.

Assim, a socialização do risco suaviza a tão nobre missão do trato com a saúde da coletividade, preservando a dignidade da pessoa humana, de maneira salutar.

Henri, Leon e Jean Mazeaud³² questionam se o seguro é uma obrigação acessória em um contrato. O exemplo é um contrato médico, cuja obrigação principal é se empenhar em atender o cliente, e velar pelo seguro do enfermo. Ao contrário, em outros contratos, a obrigação de seguro, se existe, é uma obrigação acessória. Afirmam que a jurisprudência considera a obrigação de seguro como responsabilidade contratual pela força que circunda o contrato.

A saúde é o ponto principal da vida, com guarida em sede constitucional (art. 196 da CF/88).

A medicina é uma arte que exala a perpetuação da humanidade. Inserir a função social do contrato em sede de prestação de serviços médicos é

é o seguinte: Laboratório X realiza exame em determinada pessoa, constando no corpo do resultado ser o consumidor portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, por um erro na feitura do exame. Caso o laudo seja endereçado ao médico que solicitou a prestação de serviço ao laboratório, o paciente não pode violar a correspondência, se o fizer, restando sabedor do resultado equivocado, ausente ciência do médico e, posterior ajuizamento de ação com cunho indenizatório, em face do laboratório, poderá ensejar o insucesso ante a violação de um direito constitucional, violação de correspondência. O médico deveria receber o resultado do exame lacrado e, entendendo cabível, solicitar novo exame, ausente conhecimento do paciente sobre o resultado incorreto. Todavia, se o resultado do exame for endereçado ao próprio cliente, não há que se falar em violação de correspondência.

32 “Dans quelques contrats, par exemple le contrat médical, l’obligation de sécurité est une obligation principale: en s’engageant à soigner son client, le médecin prend l’obligation de veiller sur la sécurité du malade. Au contraire, dans une foule d’autres contrats, l’obligation de sécurité, si elle existe, n’est qu’une obligation accessoire. Mais existe-t-elle Sans doute elle existe comme obligation délictuelle et quasi délictuelle; mais existe-t-elle comme obligation contractuelle. L’une des parties s’est-elle obligée dans le contrat à donner la ‘sécurité à l’autre.

La jurisprudence a considérablement étendu le domaine de la responsabilité contractuelle, n’hésitant pas à <<forcer>> le cercle du contrat pour y faire entrer une obligation de sécurité que les contractants n’avaient sans doute pas songé à inclure.” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de Droit Civil**. T. II. Paris: Nouvelle Licence, 1991, p.321.)

nada mais do que ofertar às partes, médico e paciente, em sabor de juridicidade à relação existente, o que envolve a lisura dos pactuantes, e não apenas do profissional, pois agindo o médico com ética, transparência, lealdade e prudência escapará do erro médico, ensejador da responsabilização civil, penal e administrativa.³³⁻³⁴ Em contrapartida, o enfermo deverá instruir o médico sobre o estado de saúde, não podendo negar nem omitir qualquer informação, mesmo que entenda não ser relevante.

Por último, vale transcrever um trecho do Juramento de Hipócrates que diz:

“[...] Na casa onde eu for, entrarei para o bem dos doentes, abstendo-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução e, sobretudo, dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, sejam livres, sejam escravos, e que no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida eu vir ou ouvir o que não seja necessário revelar, conservarei como segredo. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou o infringir, suceda-me o contrário.” ❖

33 O médico deve informar ao paciente o tratamento a ser realizado, como se a doença irá regredir ou progredir, tudo com clareza e no nível de entendimento do doente, inclusive, em alguns casos, de necessidade de consentimento do cliente para a realização do tratamento.

34 Emile Arrighi de Casanova em seu “*La Responsabilité Médicale et le droit Commum de la responsabilité civile*” adverte: para que o médico seja isento da falta, não basta agir como prudência e diligência oriunda da preocupação da administração, a jurisprudência também exige que atue com o consentimento do doente. *Pour que le médecin soit exempt de faute, il ne suffit pas qu’il ait été prudente et diligente dans l’administration des soins, la jurisprudence exige aussi qu’il agisse du consentement du malade.* (CASA-NOVA, Emile Arrighi. **La Responsabilité Médicale et le Droit Commum de la Responsabilité Civile**. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1946, pp. 139-140.). Tradução livre da autora.

Desperdício Tecnológico no Brasil: o Paradoxo entre o Uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital

Allen dos Santos Pinto da Silva Filho

Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes. Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

RESUMO: O Brasil é um dos maiores usuários da internet, no entanto, é um dos últimos no desenvolvimento de negócio no ambiente digital. Como isso causa impacto econômico e se distancia do item 45 da Agenda de Desenvolvimento da OMPI.

PALAVRAS-CHAVES: Brasil. Internet. Negócio. Inovação. Digital. Desenvolvimento.

ABSTRACT: Brazil is one of the largest users of the Internet, however, it is one of the last in the development of business in the digital environment. As this has economic impact and departs from item 45 of the WIPO Development Agenda.

KEY-WORDS: Brazil. Internet. Business. Innovation. Digital. Development.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Para que serve a Agenda de Desenvolvimento da OMPI. 2. O que demonstram os relatórios. 3. Panorama legislativo no âmbito tecnológico no Brasil. 4. A distância entre Universidade, o meio empresarial e os órgãos governamentais. 5. Falta de política de propriedade