

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.862 - RN (2018/0268921-9)**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:**

Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade ajuizaram ação de indenização por danos morais contra José Delfino da Silva Neto, Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho e Clínica Pedro Cavalcanti Ltda. - EPP, em razão do falecimento do irmão dos autores, após cirurgia para correção de Síndrome da Apnéia Obstrutiva do Sono - SASO.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido.

Em apelação dos autores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte deu provimento ao recurso para "julgar procedente o pedido e condenar os apelados José Delfino Neto e Pedro Cavalcanti a pagar, cada um, a título de danos morais, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)" (e-STJ, fl. 1.267).

O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE ATIVA. QUESTÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DA DEMANDA. TRANSFERÊNCIA PARA A FASE MERITÓRIA. MÉRITO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COMPLICAÇÕES. FALECIMENTO DO PACIENTE. ATO MÉDICO NÃO PRECEDIDO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. VIOLAÇÃO AO ART. 14, DO CDC, ART. 59, DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS APTAS A ENSEJAR A CONDENAÇÃO. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA AOS MÉDICOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PREJUÍZOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

- Os irmãos do de cujus são partes ativas legítimas no pedido de indenização pelo dano moral decorrente da morte do ente querido.

- Não havendo uma prova sequer nos autos, atestando a existência do consentimento informado ao paciente ou, ao menos, do termo de consentimento formal, é imperiosa a responsabilização civil do médico e do anestesiológista, por não cientificarem devidamente o paciente

# Superior Tribunal de Justiça

das probabilidades de seqüelas e possibilitar que ele aquilatasse corretamente a conveniência, ou não, de submeter-se ao ato, mormente diante da complexidade do procedimento a que são submetidos os portadores da SASO (Síndrome da Apnéia Obstrutiva do Sono).

Todas as partes opuseram embargos de declaração.

Os aclaratórios de Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho foram acolhidos, com efeitos infringentes, para reconhecer sua ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que o embargante (cirurgião) não participou do ato preparatório correspondente à indução anestésica, razão pela qual o feito foi extinto em relação a ele, sem resolução de mérito (e-STJ, fls. 1.387-1.393).

O recurso de José Delfino Neto foi rejeitado e os embargos dos autores acolhidos, com efeitos modificativos, para determinar que os juros de mora incidam no percentual de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, passará a incidir o percentual de 1% ao mês (e-STJ, fls. 1.469-1.477).

Foram opostos novos embargos declaratórios por José Delfino Neto e pelos autores, sendo os primeiros acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso de apelação dos autores, mantendo-se na íntegra a sentença de improcedência do pedido, e os segundos aclaratórios rejeitados (e-STJ, fls. 1.510-1.523 e 1.592-1.606).

Contra o referido *decisum*, Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade interpuseram o presente recurso especial, no qual afirmam, em síntese, que "*houve clara violação ao artigo 535 do CPC/73 (correspondente ao artigo 1.022, do CPC/2015), quando a Corte a quo acolheu os aclaratórios dos réus (ora recorridos) com a atribuição de efeitos infringentes para o fim de rejulgar por completo a demanda na estreita via dos declaratórios, de modo a alterar todas as conclusões alcançadas em grau de apelação independentemente da existência de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material*" (e-STJ, fls. 1.959-1.960).

No mais, sustentam que o acórdão recorrido violou os arts. 6º, incisos III e VIII, e 14, do Código de Defesa do Consumidor; arts. 15, 186 e 927 do Código Civil e art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 373, II, do CPC/2015), pois revela-se "*incontroversa nos autos a inexistência de termo de consentimento informado por escrito assinado pelo paciente*" (e-STJ, fl. 1.965).

# Superior Tribunal de Justiça

Reforçam que, "da leitura dos trechos transcritos nos v. arestos, o que se depreende é que, embora algumas testemunhas tenham mencionado que os médicos teriam respondido positivamente ao paciente quando perguntados por ele se havia riscos, não restou demonstrado em momento algum que foi explicado em detalhes qual o risco e se seria ele agravado ou não em decorrência das condições físicas do paciente" (e-STJ, fl. 1966), visto que todos os depoimentos foram absolutamente genéricos.

Diante dessas questões, os recorrentes indagam se "fazer menção a riscos genéricos é o suficiente para eximir o médico do seu dever de informação de risco cirúrgico ao paciente? Ou, por outro lado, é necessário que reste claro que, tendo em vista a patologia do paciente (SAOS - Síndrome da Apneia Obstrutiva do Sono) e suas condições físicas (obeso e com hipertrofia de base de língua) haveria graves riscos adicionais no procedimento (principalmente por conta das dificuldades de intubação em caso de complicações na anestesia)?" (e-STJ, fl. 1967).

Aduzem que "a análise dos artigos 6º, inciso III e 14, do CDC esclarece que não basta a informação genérica, devendo ser dado ao consumidor 'a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem', devendo o fornecedor de serviços responder pela reparação dos danos causados em caso de 'informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos'" (e-STJ, fl. 1967).

Buscam, assim, o provimento do recurso para que seja restabelecido o "v. acórdão que proveu a apelação oportunamente interposta pelos Recorrentes, de modo a julgar procedente a demanda e condenar os réus (ora recorridos) a responderem pelos danos morais causados em decorrência do não cumprimento de seu dever de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia a que se submeteu e acabou lhe custando a morte prematura, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos recorridos, devidamente acrescidas da necessária atualização monetária e de juros de mora de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 1% sob a vigência do novo Código, a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ)" (e-STJ, fl. 1.972).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 1.979-2.027 e 2.029-2.072 (e-STJ).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.862 - RN (2018/0268921-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

**1. Delimitação fática**

O presente caso trata de ação indenizatória ajuizada por Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade contra José Delfino da Silva Neto, Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho e Clínica Pedro Cavalcanti Ltda., buscando a reparação pelos danos morais causados em razão do falecimento de seu irmão, ocasionado por choque anafilático sofrido logo após o início da indução anestésica que precederia procedimento cirúrgico para correção de apnéia obstrutiva do sono, a qual causava problemas de "ronco" no paciente.

A causa de pedir está fundamentada não em erro médico, mas sim na ausência de esclarecimentos, por parte dos recorridos - Pedro de Oliveira Cavalcanti (médico cirurgião) e José Delfino Neto (anestesista) -, sobre os riscos e eventuais dificuldades do procedimento cirúrgico que optou por realizar no irmão dos autores, notadamente em razão de suas condições físicas (obeso e com hipertrofia de base de língua), as quais poderiam dificultar bastante uma eventual intubação do paciente, o que, de fato, acabou ocorrendo.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido.

Em apelação dos autores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte deu provimento ao recurso para julgar procedente o pedido e condenar os apelados José Delfino Neto e Pedro de Oliveira Cavalcanti a pagar, cada um, a título de danos morais, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sob o fundamento, em síntese, de que, "***não havendo uma prova sequer nos autos atestando a existência do consentimento informado ao paciente ou, ao menos, do termo de consentimento formal, é imperiosa a responsabilização civil do médico e do anestesologista, por não científicarem devidamente o paciente das probabilidades de seqüelas e possibilitar***

**que ele aquilatasse corretamente a conveniência, ou não, de submeter-se ao ato, mormente diante da complexidade do procedimento a que são submetidos os portadores da SASO (Síndrome da Apnéia Obstrutiva do Sono)" (e-STJ, fl. 1.242).**

Todas as partes opuseram embargos de declaração.

Os embargos de Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho foram acolhidos, com efeitos infringentes, para reconhecer sua ilegitimidade passiva (e-STJ, fls. 1.387-1.393).

Os primeiros aclaratórios opostos por José Delfino Neto foram rejeitados e os embargos dos autores acolhidos, com efeitos modificativos, para determinar que os juros de mora incidam no percentual de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, passará a incidir o percentual de 1% ao mês (e-STJ, fls. 1.469-1.477).

Foram opostos novos embargos declaratórios por José Delfino Neto e pelos autores, sendo os primeiros acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso de apelação dos autores, mantendo-se na íntegra a sentença de improcedência do pedido, e os segundos aclaratórios rejeitados (e-STJ, fls. 1.510-1.523 e 1.592-1.606).

Contra o referido *decisum*, Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade interpuseram o presente recurso especial, alegando basicamente o seguinte:

**i) Violação do art. 535 do CPC/73 (correspondente ao art. 1.022 do CPC/2015)**, tendo em vista que o Tribunal de origem acolheu os aclaratórios dos réus (ora recorridos), com atribuição de efeitos infringentes, para o fim de rejulgar por completo a demanda na estreita via dos declaratórios, de modo a alterar todas as conclusões alcançadas em grau de apelação independentemente da existência de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material;

**ii) Violação do art. 6º, incisos III e VIII, e 14 do Código de Defesa do Consumidor; arts. 15, 186 e 927, do Código Civil de 2002; e art. 333, inciso II, do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II, do CPC/2015)**, considerando que a Corte local, ao aceitar os depoimentos extremamente genéricos das testemunhas, em nenhum momento dão conta de que os profissionais médicos teriam informado de forma clara e detalhada acerca dos riscos da cirurgia, especialmente no que toca aos riscos ocasionados pelas condições físicas do paciente.

## **2. Preliminares**

### **2.1. Óbices processuais (Súmulas 7 e 211 do STJ)**

De início, revela-se imperioso refutar as preliminares suscitadas nas contrarrazões recursais acerca do não conhecimento do recurso especial, ao argumento de que incidem, no caso, os óbices das Súmulas 7/STJ (reexame de provas) e 211/STJ (falta de prequestionamento).

A uma, porque todas as questões suficientes ao deslinde da controvérsia foram devidamente analisadas nos 5 (cinco) acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem (um de apelação e quatro de embargos de declaração), não havendo que se falar em falta de prequestionamento.

E, a duas, porque as questões fáticas necessárias ao julgamento do presente feito estão expressamente delimitadas nos referidos acórdãos, sendo desnecessário proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, bastando, quando muito, a mera reavaliação jurídica dos respectivos fatos e provas, o que não encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

**1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o preceituado no enunciado da Súmula n. 7/STJ no caso de mera reavaliação jurídica das provas e dos fatos. No entanto, exige-se, para isso, que todos os elementos fático-probatórios estejam devidamente descritos no acórdão recorrido, sendo, portanto, desnecessária a incursão nos autos em busca de substrato fático para que seja delineada a nova apreciação jurídica.**

2. Contudo, o Juízo de origem entendeu que os documentos apresentados não eram aptos como início de prova material. Além disso, também entendeu que havia fragilidade na prova testemunhal. Assim, alterar as conclusões a que o julgador chegou demandaria reexame da prova testemunhal e da prova documental, o que atrai o óbice da Súmula n. 7/STJ, a saber: "A pretensão de simples reexame

de prova não enseja recurso especial".

3. Consoante a jurisprudência do STJ, a análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação da Súmula n. 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o acórdão combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as conclusões díspares ocorreram não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(Aglnt no REsp n. 1.799.947/SP, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 17/12/2021 - sem grifo no original)

Dessa forma, ao contrário do que sustentam os recorridos, não têm incidência, no presente caso, os óbices das Súmulas 7 e 211 desta Corte Superior.

## **2.2. Da ilegitimidade passiva do médico cirurgião Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho**

Outro ponto que merece ser enfrentado é a alegação de que o recorrido Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois, *"no caso concreto, o profissional aqui peticionante se trata do médico cirurgião que iria realizar o procedimento do paciente, o que não foi possível em decorrência de complicações decorrentes do ato anestésico, de modo que, em sendo concluído pela existência de eventual erro médico, deverá tal responsabilidade recair sobre o médico anestesista, igualmente Recorrido, mas, jamais sobre o médico cirurgião, de modo que deverá ser mantido o acórdão que reconheceu pela ausência de sua legitimidade e responsabilidade no caso concreto"* (e-STJ, fl. 2.168).

Não se olvida que o entendimento pacificado na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o médico cirurgião, ainda que se trate de chefe de equipe, não pode ser responsabilizado por erro médico cometido exclusivamente pelo anestesista.

Confira-se, a propósito, o acórdão proferido no EREsp 605.435/RJ:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.  
PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO.  
RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA.  
CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º).



RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS.

1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela Clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º); e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso especial.

2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos.

3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido

exclusivamente pelo médico-anestesista.

4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, **normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele.**

5. **No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento.**

6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. **Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia.**

7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista.

8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos.

9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos.

(REsp n. 605.435/RJ, Segunda Seção, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, DJe de 28/11/2012 - sem grifo no original)

Ocorre que esse entendimento não se aplica à presente hipótese, por se tratar de situação fática distinta.

Com efeito, diferente do precedente da Segunda Seção acima colacionado, cuja questão discutida envolveu ação indenizatória por **erro médico** cometido exclusivamente pelo anestesista, no presente caso, a causa de pedir não está fundamentada em erro médico, mas sim na ausência de esclarecimentos, por parte dos recorridos - Pedro de Oliveira Cavalcanti (médico cirurgião) e José Delfino Neto (anestesista) -, sobre os riscos e eventuais dificuldades do procedimento cirúrgico que optou por realizar no irmão dos autores.

Em outras palavras, não se discute, na hipótese, se houve ou não erro médico e nem tampouco de quem seria a culpa, se do cirurgião ou do anestesista. A questão posta diz respeito apenas à ausência do consentimento informado do paciente acerca dos riscos da cirurgia.

Dessa forma, não procede a alegação de ilegitimidade passiva do recorrido Pedro Cavalcanti, visto que, se confirmada a falha no dever de informação, a responsabilidade deverá ser atribuída aos dois profissionais (médico cirurgião e anestesista), valendo ressaltar que foi o próprio médico cirurgião quem indicou a realização da cirurgia realizada no paciente, além de ter escolhido o anestesista José Delfino para o caso.

### **2.3. Da preclusão em relação à ré Clínica Pedro Cavalcanti**

Antes de apreciar o mérito da questão propriamente dito - isto é, se houve ou não falha no dever de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia -, faz-se necessário esclarecer que a decisão a ser tomada no presente recurso especial não atinge a ré Clínica Pedro Cavalcanti.

Conforme muito bem ressaltado pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento dos últimos embargos de declaração opostos por Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade, a matéria concernente à eventual responsabilidade da Clínica Pedro Cavalcanti se encontra preclusa, pois os autores não

# *Superior Tribunal de Justiça*

opuseram embargos de declaração ao acórdão que julgou o recurso de apelação, em que foram condenados apenas os réus Pedro Cavalcanti e José Delfino, não havendo nenhuma consideração sobre a referida clínica.

Confira-se, a propósito, trecho do julgado que bem esclarece essa questão (e-STJ, fls. 1.593-1.595):

Antes de iniciar o julgamento em si dos embargos opostos por Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade, necessário se faz um breve intróito dos incidentes até então ocorridos neste caderno processual.

Compulsando os autos, verifica-se que em data de 24.05.2011, a 2ª Câmara Cível conheceu e deu provimento ao recurso de Apelação Cível interpostos pelos ora embargantes, condenando os demandados José Delfino Neto e Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho a pagar, cada um, indenização por danos morais em valor arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Desta decisão, houve interposição de Embargos de Declaração por parte de Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade; José Delfino da Silva Neto e Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho, o qual recaiu-me sua relatoria, por encontrar-me em substituição ao Desembargador João Rebouças.

Em 20.09.2011, a Turma julgadora, por maioria de votos, acolheu os Embargos apresentados por Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho, reconhecendo a sua ilegitimidade passiva para compor a lide e extinguindo o feito sem resolução de mérito em relação a este. Nesta parte, foi relator para o Acórdão o eminente Desembargador Osvaldo Cruz (fls. 1.306/1.324).

Em relação aos outros embargantes, a Turma, por unanimidade, rejeitou os Embargos opostos por José Delfino da Silva Neto e acolheu os interpostos por Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade, no tocante aos juros de mora a incidir sobre o valor indenizatório (fls. 1.382/1.390).

Desta feita, Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade, bem como José Delfino da Silva Neto opuseram novos aclaratórios, os primeiros (fls. 1.334/1.342), pelas razões delineadas no relatório e o segundo (fls. 1.343/1.364), aduzindo contradições e omissões acerca do 'termo de consentimento informado', além de prequestionar dispositivos infraconstitucionais.

Ao julgar os aclaratórios, a Colenda Câmara o fez tão somente em relação aos apresentados por José Delfino da Silva Neto, ocasião em que acolheu os fundamentos do voto do Relator e, imprimindo efeitos infringentes, concluiu pelo improvimento do recurso de apelação cível

aventado por Anna Maria da Trindade dos Reis e Geraldo José Macedo da Trindade, ou seja, confirmou a sentença de Primeiro Grau que julgou improcedente a pretensão inicial (fls. 1.417/1.430).

(...)

Inicialmente, **em relação à ausência de apreciação da responsabilidade da ré Clínica Pedro Cavalcanti S/S Ltda., deve-se reconhecer que é matéria preclusa, uma vez que, de fato, deveria ter sido apreciada no julgamento do recurso de apelação cível.**

**Contudo, os ora embargantes não suscitaram referida omissão quando da interposição dos primeiros aclaratórios, quedando-se inertes neste particular.**

**Deve-se observar que os eventuais vícios apontados, obviamente, devem constar no acórdão dos embargos de declaração julgados e não da Apelação Cível que o antecedeu.**

Como visto, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelos autores, o Tribunal de origem reformou a sentença apenas em relação aos réus Pedro Cavalcanti e José Delfino, condenando-os ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), cada um. Não houve, no referido acórdão, qualquer manifestação no tocante à responsabilidade da ré Clínica Pedro Cavalcanti Ltda., razão pela qual, em relação a ela, a sentença de improcedência não fora modificada.

Assim, tendo em vista que os autores/apelantes não opuseram embargos de declaração ao acórdão de apelação, a fim de que o *decisum* condenatório também abarcasse a Clínica Pedro Cavalcanti Ltda., revela-se imperioso reconhecer a preclusão quanto à sua responsabilidade.

Ademais, constata-se que os recorrentes também não impugnam, nas razões do recurso especial, o fundamento do acórdão recorrido acerca da ocorrência da preclusão, o que também impede a eventual condenação da Clínica neste feito, por incidência da Súmula 283/STF.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se ao exame das razões do recurso especial.

### **3. Da violação ao art. 535 do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.022 do**

**CPC/2015)**

Os recorrentes afirmam que o Tribunal de origem não poderia ter modificado, na via dos embargos de declaração, o resultado do julgamento da apelação, em que fora dado provimento ao recurso para julgar procedente o pedido indenizatório, considerando a inexistência dos vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no respectivo acórdão.

Reforçam que, *"em grau de apelação, a matéria foi exaustivamente analisada de forma unânime pela Col. Turma Julgadora, levando à conclusão de que efetivamente houve falha dos réus em seu dever de informação e, portanto, faz-se presente a necessidade de responsabilização civil dos médicos, por meio do pagamento de indenizações por danos morais"* (e-STJ, fl. 1.960), razão pela qual não poderia tal *decisum* ser completamente modificado posteriormente na via estreita dos aclaratórios.

A despeito dos argumentos suscitados pelos recorrentes, não há que se falar em violação do art. 535 do CPC/1973 na espécie.

Nota-se que o Tribunal de origem, ao modificar o acórdão que julgou a apelação, entendeu que havia omissão e erro material no respectivo *decisum*, conforme se verifica dos seguintes trechos:

**1) Acórdão que julgou os embargos de declaração de Pedro Cavalcanti:**

*Como é cediço na doutrina e na jurisprudência pátria, os Embargos de Declaração constituem o meio processual pelo qual são sanadas omissões, contradições ou obscuridades, visando esclarecer melhor os pontos não bem elucidados do julgado, o que foi constatado no acórdão embargado.*

*Repara-se que o embargante apontou de forma direta e precisa um vício que autoriza o acolhimento do presente recurso.*

*Entende-se, portanto, que os presentes embargos declaratórios merecem ser acolhidos, sendo o seu objetivo cabível na espécie, uma vez que se adéqua às hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil, existindo omissão a ser suprida.*

***Da análise dos autos depreende-se que o Acórdão rechaçado mostrou-se omisso quanto à ilegitimidade passiva do embargante.***

*O cerne dos presentes aclaratórios gira em torno da causa e das*

*condições que redundaram no óbito do paciente, bem na contribuição ou não do embargante para o evento morte.*

*Depreende-se da prova dos autos que o paciente faleceu devido a um choque anafilático decorrente do procedimento de indução anestésica, do qual o cirurgião/embargante não participou.*

*(...)*

**2) Acórdão que julgou os embargos de declaração opostos por José Delfino Neto:**

*Em proêmio, mister fazer algumas considerações iniciais.*

*Este relator, a um primeiro momento, viu-se seduzido pela tese abarcada, principalmente pela jurisprudência, no sentido de que o anestesista é obrigado a promover o termo de consentimento informado de seus paciente acerca do procedimento que irá realizar. Tanto é assim, que deu provimento ao recurso de apelação interposto por Anna Maria da Trindade dos Reis e outros (fls. 1161/1164), bem como rejeitei os embargos de declaração interpostos por José Delfino da Silva Neto (fls. 1368/1376).*

*Todavia, com as ponderações postas nestes novos embargos de declaração, assim como a evolução dos estudos relativos às peculiaridades de que se reveste a matéria, evidenciaram aspectos que, até então, encontravam-se nebulosos e cuja essencialidade me levaram a firmar convencimento na esteira de tese contrária àquela que até então vinha se adotando. Essencial para a mudança do posicionamento até então esposado foi a compreensão efetiva em relação à 'premissa equivocada' como fundamento apto a ensejar a modificação do julgado.*

*Digo isto baseado no fato de que, além das hipóteses previstas no art. 535 do CPC (omissão, contradição e obscuridade), a doutrina e a jurisprudência já sedimentaram entendimento de igualmente ser cabível a oposição de aclaratórios quando verificada a ocorrência de erro material, ou seja, erro de fato decorrente da aplicação de premissa equivocada sobre a qual se baseou o julgado.*

Por essas razões, tendo a Corte local modificado o julgamento da apelação com base nas hipóteses do art. 535 do CPC/1973, não se revela possível o acolhimento do pedido de reforma do acórdão nesse ponto.

**4. Da ausência do dever de informação ao paciente (CDC, arts. 6º e 14; CC/2002, arts. 15, 186 e 927; e CPC/1973, art. 333, inciso II)**

Todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade (autodeterminação), o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado.

Esse dever de informação decorre não só do Código de Ética Médica, que estabelece, em seu art. 22, ser vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte", mas também das regras dispostas na legislação consumerista, destacando-se os arts. 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 6º **São direitos básicos do consumidor:**

(...)

**III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;**

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

Além disso, o Código Civil de 2002 também disciplinou sobre o assunto no art. 15, ao estabelecer que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

A propósito, a jurisprudência desta Corte Superior há muito proclama ser indispensável o consentimento informado do paciente acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, conforme se verifica do seguinte precedente:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL.

**O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação.**

Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 818.144/SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 5/11/2007)

Impõe-se registrar, ainda, que a informação prestada pelo médico ao paciente, acerca dos riscos, benefícios e alternativas ao procedimento indicado, deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica ou com termos técnicos, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação.

Com efeito, não se admite o chamado "*blanket consent*", isto é, o consentimento genérico, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

**3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.**



4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

**5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.**

**6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.**

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

(REsp n. 1.540.580/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Lázaro Guimarães - Desembargador convocado do TRF 5ª Região - Relator para acórdão o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 4/9/2018 - sem grifo no original)

No particular, vale destacar, também, o disposto nos arts. 5º e 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da UNESCO, no

tocante ao respeito à autonomia do indivíduo, bem como à adequação da informação a ser dada ao paciente acerca de eventual intervenção médica, diagnóstica e terapêutica, *in verbis*:

### **Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual**

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais.

Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

### **Artigo 6 – Consentimento**

a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o Artigo 27 e com os direitos humanos.

c) Em casos específicos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes legais do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso, o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que não há qualquer obrigatoriedade no ordenamento jurídico de que o consentimento informado seja exercido mediante "termo", isto é, na forma escrita. O que se garante é tão somente a prestação clara e precisa de todas as informações sobre os riscos, benefícios e alternativas do procedimento médico a ser adotado, independentemente da forma.

# Superior Tribunal de Justiça

Admite-se, portanto, qualquer meio de prova para tentar demonstrar que foi cumprido o dever de informação, nos termos do art. 107 do Código Civil, que assim dispõe: "*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*".

Entretanto, não se pode ignorar que a ausência de "termo de consentimento informado" gera uma enorme dificuldade em se comprovar o cumprimento do dever de informação ao paciente, recomendando-se, por essa razão, sobretudo em casos mais complexos, em que há um maior incremento do risco, que o consentimento informado seja feito em documento próprio, por escrito e assinado, a fim de resguardar o profissional médico em caso de eventual discussão jurídica sobre o assunto.

A propósito, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "**Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório**" (REsp n. 1.180.815/MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Dje de 26/8/2010).

Conclui-se, assim, que o médico precisa do consentimento informado do paciente para executar qualquer tratamento ou procedimento médico, em decorrência da boa-fé objetiva e do direito fundamental à autodeterminação do indivíduo, sob pena de inadimplemento do contrato médico-hospitalar, o que poderá ensejar a responsabilização civil.

Na hipótese, da análise dos  fatos incontroversos  constantes dos autos, constata-se que os ora recorridos não conseguiram demonstrar efetivamente o cumprimento do dever de informação ao paciente - irmão dos autores/recorrentes - acerca dos riscos da cirurgia relacionada à apnéia obstrutiva do sono.

Em um primeiro momento, o Tribunal de origem entendeu que não houve o cumprimento adequado no dever de informação ao paciente, consignando, para tanto, o seguinte:

Colhe-se do vultoso caderno processual que o irmão dos apelantes, pretendendo livrar-se do distúrbio SASO (síndrome da apnéia obstrutiva do sono), realizou procedimento cirúrgico, falecendo em virtude de choque anafilático, cuja culpa imputam aos apelados, uma vez que não houve efetiva informação acerca dos riscos da cirurgia e

do procedimento anestésico, se levado em consideração o risco cirúrgico inerente a pacientes portadores de tal enfermidade.

Percebe-se dos autos, que sofreu a vítima choque anafilático, de maneira que a responsabilização do médico decorre do não cumprimento do dever de informar (termo de consentimento informado).

Tal conclusão atrai a necessidade de comprovação de que o paciente foi previamente avisado dos riscos da cirurgia e que consentiu com os mesmos, sob pena de configuração da negligência médica.

(...)

Não é demasiado esclarecer que, da análise da doutrina acerca deste tema, chega-se a conclusão de que o dever de informar elenca vários aspectos e conteúdos, a saber, o diagnóstico e o estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, a natureza e consequências do tratamento, riscos e benefícios do tratamento (riscos frequentes e riscos graves) e riscos e consequências secundárias.

**Do cotejo analítico do que se contém nos autos, vê-se que, em nenhum momento, o paciente foi informado do risco referente à possibilidade de complicações ocasionadas pelo procedimento cirúrgico indicado ao autor, mesmo ciente os apelados de que o falecido era portador de SASO (síndrome da apnéia obstrutiva do sono), enfermidade esta cuja intubação é difícil, podendo levar a quadros dramáticos, conforme atestou o exame de avaliação cardiológica, quando concluiu que o paciente possuía risco cirúrgico I e II (fls. 44 - vol. I).**

Imperioso e oportuna é a transcrição dos depoimentos prestados pelas testemunhas, quando afirmam categoricamente, em depoimento perante o conselho Maria das Graças de Souza: "(...) não sabe explicar quais as informações cirúrgicas e os seus riscos que o Dr. Pedro Cavalcanti transmitiu ao Sr. João Cândido (.)" (fls. 105 - vol. I)

**Aretuza Gomes de Oliveira (esposa do falecido):**

**"(...) o Dr. Pedro poderia ter alertado em detalhes dos riscos inerentes a cirurgia que deveria ser realizada; que deveria ter sido levado em consideração o biotipo do Sr. João Cândido com relação ao risco anestésico (..) que não foi explicado os riscos cirúrgicos ao paciente; que se soubesse que teria algum risco ela teria feito por onde o seu esposo não se operasse (...)" (fls. 540/543 - vol.II)**

**O apelado, médico anesthesiologista, José Delfino Neto, em seu depoimento judicial (DVD - anexo) disse, contrariando o documento de fl. 44 e a literatura médica (fls. 288) constante nos autos, no início de seu depoimento, que não havia risco nenhum na cirurgia a ser efetuada pelo paciente, chegando a afirmar que não foi firmado um termo de consentimento informado pelo paciente, uma vez que realizou o procedimento de maneira**

circunstancial, atendendo ao pedido do anesthesiologista, Dr. Gilvan Carvalho, que, apesar de escalado para realizar aquele procedimento, não pode comparecer.

Neste mesmo quadrante, o médico Dr. Pedro Cavalcanti, em seu depoimento (DVD - anexo), também, afirmou, categoricamente, que não foi firmado um termo de consentimento informado pelo paciente, sob a alegação de que sua esposa, também médica, estava presente em todas as consultas realizadas.

Nesta toada, **mister transcrever, ainda, por pertinente, trechos do relatório de sindicância que decidiu pela abertura de processo administrativo contra os apelados:**

**'(.) O Dr. Pedro Cavalcanti prestou esclarecimentos ao paciente e esposa dele sobre os riscos e os benefícios da cirurgia, mas não o fez de forma clara e explicitamente, não alertou para as dificuldades de intubação de um indivíduo obeso, com quadro de obstrução das vias aéreas superiores (...) ao contrário, há indícios de parcas e insuficientes informações (..) há indícios de que o Dr. José Delfino da Silva Neto foi mais gravemente omissos nos esclarecimentos sobre os riscos e benefícios e nas dificuldades previsíveis de intubação nesse tipo de paciente, conforme adverte a literatura médica. Há indícios de que o anesthesiologista não cumpriu o disposto no art. 1º, I, da Resolução 1363/93 do CFM (..) Não parece adequada, segura e condizente com a resolução 1363 avaliação realizada no centro cirúrgico nos momentos que antecedem o ato anestésico (.)' (fls.99/102)**

Da leitura dos depoimentos acima que somados as demais peças dos autos, chega-se a conclusão de que não houve comprovação de que os apelados teriam alertado satisfatoriamente o paciente, acerca dos riscos existentes por ocasião da cirurgia a que iria submeter-se.

**Repita-se, não há uma prova sequer nos autos, atestando a existência do consentimento informado ao paciente ou, ao menos, o termo de consentimento formal, não se afirmando que o médico e o anestesista tenham se havido com alguma modalidade de culpa (imperícia, imprudência ou negligência) durante o procedimento, mas sim, por não cientificar devidamente o paciente das probabilidades de seqüelas e possibilitar que ele aquilatasse corretamente a conveniência, ou não, de submeter-se ao ato.**

**Ressalte-se que, no caso do paciente, o dever de informação é ainda mais patente, haja vista que a patologia que o atingia (SASO), o comportamento médico e a compleição física do paciente (obesidade e risco significativo) acentuam o caráter**

**concreto do dever de informar, conforme atesta a literatura médica juntada pelo próprio apelante José Delfino Neto, em sua contestação, nos seguintes termos: 'A intubação difícil é frequente em pacientes portadores de SASO, devendo sempre ser levado em conta no momento da indução anestésica pelo risco de hipoventilação, podendo levar a quadros dramáticos'. (fls. 288 - vol. I).**

(...)

Nestes casos o ônus da prova, acerca do esclarecimento necessário ao paciente ou da realização do termo de consentimento, cabe aos médicos apelados, bastando a alegação do paciente neste sentido e impondo-se aos apelados, o ônus da prova de que firmara o termo esclarecendo adequadamente o paciente.

(...)

Assim, a prova de tal afirmação não pode ser atribuída ao paciente (consumidor), porquanto não lhe é exigível a produção de prova negativa, de maneira que competia aos apelados a prova do fato desconstitutivo do direito dos apelantes (art. 333, inciso II, do CPC), a qual lhe era absolutamente possível produzir por meio de termo de consentimento informado, eventualmente assinado pelo irmão dos apelantes.

**Cai por terra, também, a tentativa mal sucedida dos réus de jogarem sobre a esposa do paciente falecido, também profissional médica, a responsabilidade pelas eventuais informações sobre os riscos, e prognósticos do procedimento cirúrgico, já que esta se encontrava presente em todas as consultas realizadas. Digo isto porque, conforme já dito, a mesma em seu depoimento perante o conselho regional de medicina relatou que o Dr. Pedro poderia ter alertado em detalhes dos riscos inerentes a cirurgia que deveria ser realizada e que não foi explicado os riscos cirúrgicos ao paciente.**

**Ha que frisar, também, que fato do paciente ter se submetido a uma cirurgia teoricamente simples, não implica na desnecessidade de realização do consentimento informado ou da assinatura do termo formal de consentimento, uma vez que esta exigência encontra respaldo na doutrina, na jurisprudência e nas resoluções do conselho federal de medicina.**

Caberia aos profissionais médicos, e que isto sirva de exemplo para os demais casos, tentar resguardar-se, de todas as maneiras, das possíveis demandas judiciais que porventura possam acometer-lhes, realizando, para tanto, o consentimento informado, de forma escrita, preferencialmente. É fundamental e de extrema importância que todo procedimento seja documentado, e que tais documentos sejam claros

e de fácil entendimento pelo paciente. Para isto o médico deve estar consciente de sua obrigação para com o enfermo, repassando-lhe a informação de forma adequada, ou seja, relacionada com a complexidade da terapia e a cultura do paciente. Assim, dar ao paciente condições de conhecer aspectos técnicos do tratamento ofertado e, ao mesmo tempo, dar-lhe o direito de escolha. Desta forma, pode o médico, frente a uma demanda judicial, ter provas de sua boa-fé para com o paciente, podendo amenizar ou, quem sabe até, eximir-se de qualquer responsabilidade civil.

(...)

Quanto ao nexó causal entre o fato (dever de informar) e o dano (morte do paciente) este encontra-se evidenciado já que, repita-se, não há uma prova sequer nos autos, atestando a existência do consentimento informado ao paciente ou, ao menos, o termo de consentimento formal.

Torna-se a dizer, não estou a afirmar que o médico e o anestesista tenham se havido com alguma modalidade de culpa (imperícia, imprudência ou negligência) no procedimento cirúrgico, mas sim, por não cientificarem devidamente o paciente das probabilidades de seqüelas e possibilitar que ele aquilatasse corretamente a conveniência, ou não, de submeter-se ao ato.

(...)

A fim de evitar omissões e garantindo a boa técnica processual, passo a individualizar, separadamente, a conduta de cada apelado.

**Com relação ao ato omissivo do Dr. Delfino Neto, há de se fazer algumas premissas. É consabido que o médico anesthesiologista tem, como todos os médicos, o dever de informar e instruir o paciente e obter o seu consentimento informado, através da assinatura de um termo, a fim de que se dê ciência ao paciente, dos atos médicos que for executar.**

(...)

**Percebe-se, pois, dos autos, que agiu o apelado de forma negligente ao realizar o procedimento sem antes conhecer o histórico médico do paciente, mormente quando, convocado na noite anterior para realização do procedimento, somente teve contato com o paciente na sala de cirurgia.**

Ratificando o errôneo procedimento adotado pelo anesthesiologista, invoco a resolução n.º 1.802/06 do CFM (conselho federal de medicina):

(...)

**Ressalte-se que o paciente somente tem consciência do**

consentimento dado, quando é devidamente informado sobre as conseqüências do ato, o que, por sua vez, não pode ser confundido com uma singela comunicação da anestesia, hora antes da realização do procedimento, sem quaisquer esclarecimentos sobre a conveniência de seu uso e possíveis conseqüências.

Quanto ao Dr. Pedro Cavalcanti, responsável pelo ato cirúrgico, sua responsabilidade também restou evidente, já que, igualmente ao médico anesthesiologista, não esclareceu suficientemente sobre os riscos e as circunstâncias principais do tratamento ou cirurgia proposta, não havendo consentimento válido, de maneira que é responsável por todos os danos causados por esta omissão, mesmo que não haja qualquer outro erro médico ou falha na técnica médica do procedimento, já que a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são negligência e imprudência médica por si sós.

Caberia aos profissionais liberais fazer prova no sentido de que houve o consentimento informado do paciente, com a assinatura de um termo, o que, a meu ver, conforme já dito, não restou demonstrado.

Assim, provada a ausência do consentimento informado, além da ocorrência do dano, que, in casu, é extreme de dúvidas, encontram-se presentes os pressupostos de sua responsabilidade civil, mormente quando houve inobservância ao dever de obtenção do consentimento informado, que constitui não só um direito da paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar a sua saúde, mas também garantia do médico que tem sua intervenção legitimada, diminuindo significativamente a probabilidade de pretensões judiciais em seu desfavor.

A lei neste ponto é clara, não dá ensejo a interpretação dissonante, e a jurisprudência ecoa de forma uníssona as circunstâncias ora declinadas que rendem ensejo à responsabilidade civil.

Como visto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, analisando de forma pormenorizada todos os elementos dos autos, entendeu que não houve consentimento informado do paciente, não servindo, para tanto, a mera **presunção** de ciência dos riscos em razão de sua esposa ser médica, sobretudo porque ela mesma afirmou em depoimento que "o Dr. Pedro poderia ter alertado em detalhes dos riscos inerentes a cirurgia que deveria ser realizada; que deveria ter sido levado em consideração o biotipo do Sr. João Cândido com relação ao risco anestésico (..) que não foi explicado os riscos cirúrgicos ao paciente; que se soubesse que teria algum risco ela teria feito por



**onde o seu esposo não se operasse**" (e-STJ, fl. 1.253).

Consignou-se, ademais, que o dever de informação não pode ser confundido "com uma singela comunicação da anestesia, horas antes da realização do procedimento, sem quaisquer esclarecimentos sobre a conveniência de seu uso e possíveis consequências" (e-STJ, fl. 1.263), razão pela qual entendeu presentes todos os elementos para a responsabilização civil dos médicos (fato, dano e nexo de causalidade), individualizando, inclusive, a conduta de cada um.

Não obstante o acerto no primeiro *decisum*, a Corte local resolveu alterar completamente o resultado do julgamento, após análise dos embargos de declaração opostos pelos réus, passando a entender que, embora não tenha havido nenhuma declaração por escrito do paciente ("termo de consentimento informado"), os depoimentos colhidos nos autos (os mesmos que haviam sido anteriormente analisados no julgamento de apelação) demonstraram que o mesmo sabia dos riscos da cirurgia.

Ocorre que os depoimentos das testemunhas levados em consideração pelo Tribunal de origem para julgar improcedente o pedido são todos absolutamente genéricos, não servindo, na linha da jurisprudência desta Corte Superior acima colacionada, para informar adequadamente o paciente, pois não se admite, repita-se, o chamado "*blanket consent*".

Ora, em nenhum momento foi dito pelo Tribunal de origem, após alterar o resultado do julgamento do recurso de apelação dos autores, que houve efetivamente a prestação de informação clara e precisa acerca dos riscos da cirurgia de apnéia obstrutiva do sono, notadamente em razão das condições físicas do paciente, o qual era obeso e possuía hipertrofia de base de língua, o que poderia dificultar uma eventual intubação, como, de fato, veio a ocorrer.

Sendo incontroverso que não houve consentimento informado por escrito, o Tribunal de Justiça somente poderia ter reformado o acórdão de apelação se houvesse alguma prova cabal de que o dever de informação fora devidamente prestado de forma clara e específica em relação ao paciente, tendo o mesmo consentido com os eventuais riscos da cirurgia, o que não ocorreu.

Por essas razões, não há como afastar a responsabilização civil dos médicos.

# Superior Tribunal de Justiça

Todavia, o valor da indenização fixado no julgamento de apelação - 50 mil reais para cada réu -, pleiteado pelos recorrentes no presente recurso especial, revela-se, a meu ver, excessivo, notadamente em razão do tempo decorrido desde o fatídico evento.

Não se pode olvidar que a medicina vem passando por significativa evolução ao longo dos últimos 30 anos, não só na parte dos procedimentos e medicamentos disponíveis, fruto do avanço da tecnologia, mas também na relação médico-paciente, transformando-se um modelo essencialmente "paternalista" ou "sacerdotal" (assim chamado pela literatura médica), em que não havia participação do doente em relação ao tratamento indicado, para um modelo de "participação mútua" ou "contratualista", em que o paciente participa ativamente na tomada de decisões sobre o procedimento médico sugerido, em respeito ao seu direito fundamental à autodeterminação, modelo que deu origem ao chamado "consentimento informado".

Assim, embora, atualmente, seja comum a prática de se obter o consentimento livre e informado do paciente, principalmente mediante documento por escrito, cujas informações sobre a terapêutica envolvida são prestadas de forma bastante pormenorizada, sobretudo em casos cirúrgicos, não há como ignorar que a cirurgia em discussão foi realizada em março de 2002, isto é, há mais de 20 anos, época em que não havia, ainda, a prática usual em relação à prestação de informação clara e precisa ao paciente.

Nessa linha, fixar uma indenização tomando como base a realidade atual, no tocante à relação médico-paciente, para um fato que ocorreu há duas décadas, não se revela consentâneo com o princípio da razoabilidade.

Relembro, ainda, que não há discussão acerca da ocorrência de eventual erro médico cometido pelos réus, aliás, essa questão não foi nem sequer suscitada pelos autores. Não existe qualquer questionamento sobre o diagnóstico e o procedimento indicado pelos médicos, tampouco em relação à técnica empregada na indução anestésica, o que, caso existisse, certamente demandaria a fixação de valor maior ao que fora fixado pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento da apelação.

Dessa forma, diante das particularidades do caso, entendo como razoável a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, acrescido de correção monetária desde a data da presente sessão de julgamento (data do arbitramento), a teor

# *Superior Tribunal de Justiça*

do disposto na Súmula 362/STJ, além de juros de mora, a partir da data do evento danoso (27/3/2002 - data da cirurgia), nos termos da Súmula 54/STJ, devendo incidir no percentual de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e, a partir daí, no percentual de 1% ao mês.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido, julgando-se parcialmente procedente o pedido para condenar os réus Pedro Cavalcanti e José Delfino ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada autor, corrigidos monetariamente a partir da data da presente sessão de julgamento e com juros de mora desde a data da cirurgia, nos termos da fundamentação supra.

Ficam os referidos réus condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação.

É o voto.

