Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Nunes de Souza

Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico

Rio de Janeiro
2012

Eduardo Nunes de Souza

Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Profª. Drª. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro
2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729a Souza, Eduardo Nunes de.

Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico / Eduardo Nunes de Souza. – 2012.
145 f.

Orientador: Prof.ª Drª. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Erro médico. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Eduardo Nunes de Souza

Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

_____

Profª. Drª. Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Profª. Drª. Gisela Sampaio da Cruz

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Profª. Drª. Caitlin Sampaio Mulholland

Faculdade de Direito - PUC

Rio de Janeiro
2012

DEDICATÓRIA

Aos meus avós, Laxdéa (*in memoriam*) e Orlando.

AGRADECIMENTOS

Um galo sozinho não tece uma manhã:
Ele precisará sempre de outros galos.

JOÃO CABRAL DE MELO NETO

Tecer agradecimentos ao fim de um trabalho acadêmico não é tarefa das mais simples. O presente texto, termo final de dois anos de mestrado, deve-se, antes de tudo, a pessoas que acompanharam de perto sua elaboração e participaram intensamente da vida do autor. Como retribuir uma generosidade sem fim? A atividade é de risco; a responsabilidade, objetiva. Mesmo quem adotar a máxima diligência pode acabar conferindo crédito demais a alguns, ou falando pouco sobre quem merecia muito. O tempo, porém, convalida os erros, confirma os acertos e seleciona, afinal, apenas as melhores lembranças. Procedo, assim, à tarefa, certo de que o dano maior seria não agradecer aos protagonistas de dois anos da mais plena felicidade.

À Profª. Maria Celina Bodin de Moraes, sou grato pela orientação permanente com que me distinguiu dentre seus alunos desde o meu primeiro minuto de graduação. Seu tão implacável quanto célebre método socrático costuma submeter minhas mais graves certezas a sutis implosões – apenas para reconstruí-las sobre os alicerces sólidos de um aprendizado permanente e de doses generosas (na medida do aluno humano) de confiança e amizade. Boa parte do que hoje denomino "meu" raciocínio jurídico decorre, na verdade, de perguntas que ela semeou sorrateiramente, sem que eu percebesse, ao longo dos últimos sete anos. Já não sei, aliás, se várias das minhas concepções de mundo também não foram adquiridas assim – ou se são, apenas, felizes coincidências. Obrigado, Celina, pelos conselhos na academia e fora dela, e por transitar entre as duas esferas com sua humanidade e honestidade únicas.

Ao Prof. Gustavo Tepedino, agradeço por proporcionar as melhores chances de aprendizado que eu poderia desejar, desde a minha graduação e até hoje. Como seu aluno, tenho buscado me inspirar sempre em seu padrão de exigência no estudo sistemático e técnico do direito civil; como seu assistente, venho recebendo a mais completa formação para todos os aspectos da vida acadêmica, ao lado de um professor que representa, como poucos, a rara simbiose entre produção intelectual, liderança científica e dedicação à docência.

Aos Profs. Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz, agradeço pelo auxílio generoso com que me honraram no exame de qualificação. Ao Caíto sou grato também pelo referencial de professor que representa, de longa data, para mim. À Gisa agradeço, ainda, por ter sugerido meu tema, e por acreditar com tanta convicção que eu saberia desenvolvê-lo. Obrigado, ainda, ao Pablo Rentería pelo incentivo em um momento crucial, e à Milena Donato Oliva por me apoiar e contribuir, com sua genialidade de sempre, para este trabalho.

À equipe do Gustavo Tepedino Advogados, muito obrigado por todo o suporte. Sou grato, em particular, à Miriam Américo de Melo, cuja prestimosidade e bom-humor no trato diário permitiram, mais do que ninguém, que eu conciliasse o trabalho e o mestrado.

À turma de Graduação em Direito da Uerj 2011.1, da qual tive a honra de ser professor, um agradecimento especial. Foi vislumbrando o futuro promissor de mentes tão interessadas e criativas que encontrei motivação para me dedicar ao estágio docente no período mais improvável de todos, certo de que o sucesso de um professor se mede, antes de tudo, pelo êxito de seus alunos. E, hoje eu sei, aprendi infinitamente mais do que eles.

Aos alunos e amigos Rodrigo da Guia Silva e Guilherme Paulino Passos (nossos futuros Windscheid e Savigny), agradeço pela dedicada (e providencial) pesquisa na iniciação científica e, mais ainda, pela ótima companhia. Orgulhos de seu professor, seu vivo interesse em pensar o direito civil me lembra, com exatidão, da empolgação respeitosa que a matéria despertou em mim desde o início da minha formação (para evitar dizer: na idade deles).

Aos amigos mais antigos e, especialmente, à Camila Lacerda, à Caroline Fernandes, ao Rodrigo Bonecini, à Mariana Freire e ao Caio Figueiredo, agradeço por permanecerem presentes, e por me furtarem do direito civil sempre que possível. Ao Rodrigo, meu exemplo de ciência, cultura e *savoir-vivre*, sou grato particularmente pela amizade fraterna e resistente ao tempo, e pelas indicações musicais certeiras. À Mariana agradeço, em especial, pelo alto-astral (ir)radiante, pela confiança inarredável e pelos bolos de chocolate (todos fatores cruciais à minha dignidade humana): para merecer tanto, devo ter feito algo de muito bom.

Agradeço, enfim, aos melhores colegas de mestrado da história, amigos de todas as horas. Autoproclamados "anônimos", atrevo-me a nomeá-los, apenas desta vez. Obrigado, Antônio Pedro Dias, Carla Lgow, Caroline Andriotti, Fernanda Barbosa (nossa *personal* doutoranda), Luiza Bianchini, Marcela Maffei, Raul Murad e Thaís Sêco. Agradeço, ainda, ao Antonio dos Reis, ao Luiz Eduardo Rodrigues, ao Miguel Labouriau e a todos os demais que se juntaram ao grupo ao descobrirem que nenhuma turma se equipara a vocês.

Ao André Nery, detentor da mais inabalável e acolhedora simpatia de todo o eixo Rio-Piauí, bem como de um genuíno e empolgado interesse acadêmico (com seus próprios temas e com os meus), agradeço por compartilhar tantas vezes comigo seu tempo, seu intelecto e sua amizade, tornando-se um interlocutor imbatível. Ao Vitor Almeida, obrigado por me honrar com as melhores ideias para tantas empreitadas civilísticas, e por ser a melhor companhia em todas as reuniões da turma (ele, um acadêmico por natureza e festeiro convicto). A Ivana Coelho, minha "vizinha" mais querida, sou grato pelos incontáveis conselhos, sessões informais de análise, indicações bibliográficas, treinos de italiano, conversas motivacionais, providenciais cafés vespertinos e tantos outros gestos imensuráveis de carinho e amizade, materializados no dom de aparecer, invariavelmente, quando eu mais preciso.

Ao Thiago Lins (nosso Federer do direito civil) devo o acesso privilegiado a uma incrível biblioteca de clássicos jurídicos estrangeiros, bem como o tratamento mais gentil e fraterno de que já tive notícia – presentes que eu só poderia receber de um jurista com *pedigree* e de um amigo da mais alta estirpe. Perdi a conta das vezes em que suas palavras tranquilas, seu estilo observador, seus cafés duplos e seu conhecimento dos melhores bares e restaurantes da cidade fizeram toda a diferença e salvaram o dia (ou a semana). Sinto-me honrado por sua confiança, orgulhoso de sua amizade, e enobrecido pela convivência com ele.

Manter-se acordado numa rotina de muito trabalho e pouco sono teria sido impossível não fossem dois "galos" que, como no verso de João Cabral de Melo Neto, teceram as manhãs (e tantas outras horas) dos últimos dois anos, com o conforto de sua amizade onipresente.

À Rebeca Garcia, incrível em sua cultura, singular em sua delicadeza e fora da média em todos os adjetivos que eu pudesse formular, não sei por onde começar a agradecer. Obrigado por ter rastreado e disponibilizado literalmente todos os textos de que precisei ao longo do mestrado. Pelas indicações de livros, músicas e filmes (ela conhece absolutamente todos). Por acreditar que sou capaz de aprender alemão. Por ter formulado as melhores *inside jokes* dos últimos dois anos. Por ter me ouvido com paciência, e respondido com carinho, em todas as muitas horas que precisei. Por estar, enfim, presente, com sua doce e sagaz quietude, em todas as melhores lembranças que guardo deste período. *Stimmt* – é isso!

Ao Gabriel Furtado, que soube me convencer, desde a primeira hora, de sua imprescindibilidade como "mentor" e amigo – especialista que é em matéria de cativar os outros –, hoje devo tanto que não consigo imaginar a cara do mestrado sem ele. Corajoso leitor-piloto dos meus textos; generoso franqueador da leitura prévia dos dele; companhia incansável (via WhatsApp nas insones vésperas de prazos, e presencialmente nos dias de chopp); autor dos mais geniais aforismos e metáforas; coração oficial da turma; leal incentivador dos meus projetos; conselheiro rigoroso e protetor; irmão que encontrei quando não supunha que fosse possível. É preciso conhecê-lo para entender a gratidão com que digo, tentando reproduzir seu carioquês insuperável (meio siciliano): *valheo*, *walaal*.

Falta fazer um último agradecimento – o mais importante, nem tanto por uma abstrata hierarquia de valores, mas sim porque o montante do débito supera, em concreto, todos os outros, e o risco de errar na dose de gratidão é inexistente. Aos meus pais devo a certeza de uma torcida incondicional, bem como todas as condições (materiais, emocionais, espirituais...) para ter alcançado mais esta fase. Neste caso, agradecer seria, realmente, muito pouco. Recebi deles todos os grandes e verdadeiros legados que se podem deixar a um filho – aqueles indeléveis: valores, caráter, confiança. Sigo em frente, firme no propósito de que possam sempre se orgulhar de mim, e de que consigam colher, nos meus êxitos, os frutos do

carinho e da educação que me dedicaram. Esta, como todas as outras, é de vocês.

RESUMO

NUNES DE SOUZA, Eduardo. *Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico.* 2012. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

O presente estudo sobre a responsabilidade civil do médico busca dissociar as noções de erro e culpa no exercício da medicina, promovendo a valorização da culpa como requisito para a verificação do dever de indenizar do médico, no paradigma das profissões liberais. Analisar-se-ão, primeiramente, as categorias tradicionais da responsabilidade civil do médico (tais como responsabilidade subjetiva, responsabilidade contratual e aquiliana, obrigações de meio e de resultado etc.), bem como os instrumentos de direito do consumidor que têm sido aplicados à disciplina jurídica da atividade médica. Em seguida, serão abordados os riscos envolvidos na prática da medicina, bem como alguns instrumentos de tutela da dignidade do paciente, para que se possa afirmar a necessidade de uma análise procedimental da conduta médica, baseada no conceito de culpa normativa, no que concerne à responsabilidade desse profissional. Finalmente, indicar-se-ão alguns parâmetros para essa análise, baseada, sobretudo, no cumprimento de *standards* de conduta adequados ao estágio atual do desenvolvimento científico, bem como na construção de uma relação dialética entre médico e paciente, baseada na confiança. Ao final, buscar-se-á identificar se o erro médico pode ser considerado (e em que medida pode ser considerado) legítimo, não ensejando reparação civil.

Palavras-Chave: Responsabilidade (Direito). Médico. Ética médica. Erro médico. Culpa normativa.

RÉSUMÉ

NUNES DE SOUZA, Eduardo. *Évaluation de la faute et sa distinction vers l'erreur dans la responsabilité civile du médecin.* 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

L'étude ci-présenté sur la responsabilité civile du médecin cherche de dissocier les notions de l'erreur et de la faute dans l'exercice de la médecine, en promouvant la mise en valeur de la faute comme réquisit du devoir d'indemnité par le médecin, dans le paradigme des professions intellectuelles. On analysera, d'abord, les catégories traditionnelles de la responsabilité civile du médecin (telles que la responsabilité subjective, la responsabilité contractuelle et delictuelle, les obligations de moyens et de résultat etc.), aussi bien que les instruments du droit du consommateur que l'on emploie dans la discipline juridique de l'activité médicale. En suite, on abordera les risques touchés par la pratique de la médecine, aussi bien que quelques instruments de protection de la dignité du patient, pour que l'on puisse affirmer la nécessité d'une analyse du procédé du médecin, basée sur le concept de faute normative, en ce qui concerne la responsabilité de ce proféssionnel. Finalement, on indiquera quelques paramètres pour cette analyse, fondés, surtout, sur l'observance des *standards* de conduite adéquats à l'étage actuel du développement scientifique, aussi bien que sur la construction d'une rélation dialectique entre médecin et patient, fondée sur la confiance. À la fin, on cherchera d'identifier si l'erreur du médecin peut être considéré (et dans quelle mesure peut-il être considéré) légitime, ne pas entraînant la responsabilité civile.

Mots-clés: Responsabilité (Droit). Médecin. Erreur médicale. Conception normative de la faute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **11**

1 **A MEDICINA NO CENÁRIO DAS PROFISSÕES LIBERAIS** **18**

1.1 **Profissionais liberais: um conceito histórico** **19**

1.2 **O médico: profissional liberal por excelência** **24**

1.3 **Fundamentos para a responsabilidade civil dos profissionais liberais** **26**

2 **OS MECANISMOS TÉCNICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO** **32**

2.1 **Responsabilidade subjetiva: o relevante papel da culpa** **32**

2.2 **Responsabilidade contratual e extracontratual** **38**

2.3 **Obrigações de meios e de resultado** **43**

2.4 **Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova** **49**

3 **RESGATE DA CULPA COMO ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO** **65**

3.1 **A figura do erro médico e sua tradicional associação à culpa: a dissimulação de uma responsabilidade objetiva** **65**

3.2 **O risco ínsito à medicina contemporânea e sua incompatibilidade com o modelo de responsabilidade objetiva** **70**

3.3 **A tutela da dignidade do paciente para além da responsabilidade civil** **78**

3.4 **Em busca de critérios para a identificação da culpa nos casos de erro médico** **83**

3.4.1 Erros de diagnóstico 84

3.4.2 A coleta de informações e o sigilo médico 89

3.4.3 Iatrogenia 93

3.4.4 Dilemas sobre o consentimento informado 97

3.4.5 Especialidades médicas associadas às obrigações de resultado 100

4 **CULPA NORMATIVA E A MEDIDA DA ADMISSIBILIDADE DO ERRO MÉDICO** **104**

4.1 **Culpa normativa: análise procedimental e padrões objetivos de aferição** **104**

4.2 **Peritos e conselhos profissionais: a relevância da consulta aos pares** **108**

4.3 **A relação médico-paciente: boa-fé objetiva e equilíbrio no ônus probatório** **113**

4.4 **Excludentes de responsabilidade civil do médico** **119**

4.5 **Em outras palavras: está o médico autorizado ao erro?** **126**

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS **130**

REFERÊNCIAS **135**

INTRODUÇÃO

Who shall decide when doctors disagree
And soundest casuists doubt, like you and me?

– ALEXANDER POPE
(*Moral essays*, Epistle III)

Incontáveis obras já foram escritas acerca da responsabilidade civil do médico. Com efeito, o interesse da doutrina na matéria parece ser tão antigo quanto a própria responsabilidade civil – ramo do direito civil que, como se sabe, se não conta com as vetustas raízes do direito contratual ou do direito das coisas, é aquele que, por outro lado, mais tem experimentado mudanças nas últimas décadas, com sua especial vocação para absorver grande parte dos novos problemas que se colocam, diuturnamente, ao direito civil.[1] Os casos de responsabilidade civil do médico falam diretamente ao lado mais humano do jurista: fascinam por sua íntima conexão com a própria vida do paciente (objeto da maior tutela jurídica, sobretudo em face da atual discussão acerca das escolhas juridicamente protegidas que permitem caracterizar uma vida digna[2]), e provocam insegurança diante das específicas e conhecidas dificuldades decorrentes da perícia técnica e do fato de que a medicina é uma ciência empírica, cujos conhecimentos se revelam em constante evolução.[3]

---

[1] Assevera Stefano RODOTÀ: "*Si può dire che quasi non v'è opera sulla responsabilità civile – quale che sia il suo impegno e la sua ampiezza – che non paghi un tributo ai tempi nuovi, sotto forma di rassegna delle nuove occasioni di danneggiamento che caratterizzano la nostra era*. [...] *lo studioso della responsabilità civile sarà costretto ad una rincorsa sempre più affannosa, nel tentativo di classificare gli accadimenti dannosi che queste novità possono generare; e l'opera sua, lungi dal poter indirizzare i nuovi svolgimenti, sarà perfino impari al più modesto compito di intervenire là dove son già mature le condizioni del regolamento giuridico. È chiaro, infatti, che l'inventario dei nuovi casi di danneggiamento è privo di significato per il giurista, rimanendo al più uma genérica prova di buona informazione, se ad esso non si accompagna un più ampio chiarimento, che permetta di definire i nuovi criteri dell'ordinamento della responsabilità civile, apprestando così un tipo di sistemazione che superi le angustie dell'occasione e della eccezionalità*" (*Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, pp. 16-17).

[2] O tema não é recente na filosofia, conforme afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: "todos os grandes pensadores, da Antiguidade aos nossos dias, constataram ser infrutífero discorrer sobre a vida humana sem examinar justamente aquilo que a faz humana, e como tal única, individual e singular: o poder sobre si mesmo" (Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 183). O Direito, porém, apenas recentemente tem discutido a substituição da tutela a todo custo da vida humana pela proteção de condições dignas de vida. Remata a autora: "O imperativo cultural de se manter sadio, com a explícita finalidade de viver mais, não é pouco, mas certamente não é tudo. O prazer é uma escolha vital e é preciso defendê-lo das garras dos puritanos defensores da ditadura do corpo, do imperativo clínico e da sociedade medicalizada" (Ibid., p. 206).

[3] A respeito da evolução da técnica médica, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: "O médico, para usá-la devidamente, necessita de possuir novos conhecimentos, atualizando-se no interesse de seus pacientes. Na trilha da lei geral do progresso, a técnica médica tende a comandar o seu concurso. Se, por um lado, habilita o

Busca-se, com o presente estudo, propor diretrizes para um novo tratamento doutrinário da responsabilidade civil do médico, identificando-se os elementos que devem ser levados em consideração para a verificação da culpa desse profissional, procurando afastar-se da análise casuística que costuma permear a ampla maioria das obras sobre o tema. Com efeito, se a responsabilidade civil do médico não difere, quanto à sua verificação, das outras hipóteses de responsabilidade subjetiva (exigindo, para sua configuração, dano, nexo causal e culpa),[4] cumpre investigar que parâmetros gerais permitirão a identificação desses elementos nas hipóteses de dano causado pelo exercício da medicina, em vez de se proporem listas (inevitavelmente exemplificativas, e excepcionais por natureza) de "tipos" de erro médico ou de deveres "taxativos", supostamente universais, a serem seguidos pelo profissional da saúde.[5]

Nesse sentido, a metodologia mais adequada parece ser aquela que emprega o caso concreto, não com o objetivo de tipificar hipóteses (procedimento coerente com outro momento da responsabilidade civil do médico, em que os riscos eram bem menores – e a tutela da pessoa humana, bem diferente daquela que conhecemos hoje), mas como fonte para a identificação dos parâmetros gerais, juridicamente relevantes, para o delineamento da culpa médica.[6] Este constitui o escopo da análise ora empreendida, que buscou, em vez de

---

profissional para desenvolver a sua arte, e melhor aplicá-la, impõe-lhe também deveres inexistentes na medicina tradicional" (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 200).

[4] Assim na lição dos irmãos MAZEAUD: "*En un mot, la responsabilité des médecins, chirurgiens, etc., obéit aux règles générales. Du moment que le juge peut constater avec certitude une faute commise par le médecin, quelle que soit la nature de cette faute: professionnelle ou non, quelle que soit sa gravité: légère ou lourde, il doit obliger l'auteur de cette faute à en réparer les consequences*" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Vol. I. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 477).

[5] Alerta Stefano RODOTÀ: "*Pericolosa socialmente e sostanzialmente antiscientifica è un'attitudine che si limita ad estendere le possibilità di rissarcimento, presumendo immutato il quadro generale: per superare l'impasse, a cui per tal via fatalmente si perviene, non v'è altro mezzo che la ricerca di più adeguati presupposti, compatibili con la disciplina vigente ma capaci di risolverne le contraddizioni*. [...] *È lecito, allora, ritenere che l'inconsumato residuo di una mentalità tradizionale, che presiede al rapporto di regola ed eccezioni ancora apparente nel Codice Civile, non sai d'ostacolo ad una attitudine costruttiva ben consapevole del destino che alle disposizioni eccezionali spetta nel mondo del diritto, e che ambiscia a ritrovare i veri nessi tra le situazioni reali e la disciplina giuridica. Questo sembra essere un giusto modo di scorgere la logica di un ordinamento, senza abbandonare le leggi all'arbitrio della volontà: e di perseguire così quella 'giurisprudenza umana, che guarda la verità d'essi fatti e piega benignamente le ragion delle leggi a tutto cio che richiede l'ugualità delle cause*" (*Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 38-40).

[6] Sobre a relevância dos elementos do caso concreto para a individuação da normativa a ser aplicada a cada *fattispecie*, afirma Pietro PERLINGIERI: "O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam. Do confronto fato-norma se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real. Fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista, destinado a proceder do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se fundam a convivência social e a justiça de cada caso. A teoria da interpretação [...] almeja a máxima valorização das particularidades do fato. Isto, não mediante um procedimento mecânico de subsunção em rígidos (e não completamente correspondentes) esquemas legislativos, mas indicando a normativa mais compatível com os

investigar e citar todas as principais hipóteses de responsabilização civil do médico, suscitar alguns dos princípios que são levados em consideração pelo sistema jurídico brasileiro para a determinação do merecimento de tutela da atividade do médico (ou, em contraposição, da pretensão do paciente ao ressarcimento de danos por ela causados) em cada caso. As diversas discussões atuais atinentes aos mais diferentes elementos relativos à ética médica e ao biodireito também cederam lugar, no presente estudo, à análise técnica dos elementos da responsabilidade civil (notadamente, a culpa) na atividade do médico.

Busca-se, em uma palavra, responder à questão: sempre que o médico errar, estará ele adstrito ao dever de reparar? Ou, em outras palavras, *erro médico* e *culpa médica* podem ser tratados como sinônimos? A indagação, como se percebe, parece ambiciosa, mas se mostra inevitável quando se pretende identificar quais dos danos ao paciente advindos da conduta do médico devem ser, por este, indenizáveis. Com efeito, o exercício da medicina revela-se uma das mais arriscadas atividades na sociedade contemporânea,[7] e o grande desafio da responsabilidade civil nos dias de hoje parece ser justamente adequar sua técnica (tanto na modalidade subjetiva quanto na objetiva)[8] e aplicar sua principiologia (influenciada, sobretudo, pela dignidade humana e pelo princípio da solidariedade social dela decorrente)[9] às novas e cada vez mais inusitadas pretensões ressarcitórias que surgem a cada instante.[10]

---

interesses e os valores em jogo, segundo a hierarquia que deles propõe o ordenamento [...]" (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 657-658).

[7] Afirma Heloisa Helena BARBOZA que "na atividade médica estão sempre presentes a incerteza e o risco, hoje crescentes em complexidade e dimensão, mormente se consideradas as múltiplas práticas de prevenção, diagnóstico, tratamento e experimentação" (Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2004, pp. 60-61). Para breves comentários sobre a noção de risco aqui aludida, v. item 3.2, *infra*.

[8] Como se sabe, o sistema atual "abrigou, ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186, reproduzida no *caput* do art. 927, a cláusula geral de responsabilidade objetiva, nos termos do parágrafo único do art. 927. Desta forma, estabeleceu-se sistema dualista de responsabilidade civil, a invocar as teorias subjetiva, ou da culpa, e objetiva, ou do risco, de acordo com a presença de seus respectivos pressupostos de incidência" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 347).

[9] A frequente alusão ao caráter *personalista* e *solidarista* da Constituição permite compreender o princípio da solidariedade, ora como contraponto à dignidade humana (constituindo, portanto, valor de idêntica importância), ora como seu corolário (i.e., subordinado à cláusula geral de tutela da pessoa). Embora sutil, a diferença revela importante postura ideológica do intérprete. Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: "a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da 'igual dignidade social'. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna [...]" (O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 110). E remata: "na perspectiva solidarista, [...] a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados tão somente ao valor precípuo do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana" (O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 264).

[10] Alude Stefano RODOTÀ a "*l'apparente contraddizione tra la modernità di certe ennunciazioni ed il conservatorismo delle sistemazioni: in un tempo in cui l'elenco delle novità è penetrato pure nei manuali meno*

No caso da responsabilidade civil do médico, essa tarefa de constante adaptação ao cenário dos chamados "novos danos" exige um olhar atento à condição do médico como profissional liberal – aspecto que autoriza a mitigação da ótica consumerista que dominou o panorama doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, na medida em que evidencia que a relação médico-paciente não segue, de fato, a lógica geral das relações de consumo. A contextualização da medicina no âmbito das profissões liberais permite compreender por que o legislador determinou, no próprio Código de Defesa do Consumidor, que os profissionais liberais submeter-se-iam à responsabilidade subjetiva, afastando, para eles, a sistemática de responsabilidade independente de culpa que caracteriza o diploma consumerista.[11] No que tange à atualização da técnica, portanto, torna-se possível não apenas afastar da responsabilidade civil do médico a responsabilidade objetiva como também relativizar diversas figuras que, embora autônomas a ela, foram moldadas pela prática jurídica de tal modo que passaram a surtir efeitos muito semelhantes aos da responsabilidade independente de culpa (tais como a natureza contratual da responsabilidade do médico, a previsão de obrigações de resultado ou a inversão quase automática do ônus da prova pelos tribunais diante de relações de consumo).

No que diz respeito à principiologia, por outro lado, e uma vez afirmada a necessidade da culpa para a configuração da responsabilidade civil do médico, cumpre investigar quais critérios permitem a identificação da prática culposa da medicina. Abandonando-se a antiga concepção psicológica da culpa, bem como uma equivocada aproximação da culpa com o chamado "erro médico" – a ser demonstrada neste trabalho –, parte-se em busca de um padrão normativo de culpa médica, baseado no descumprimento de parâmetros de conduta.[12] Nesse

---

arditi, è certamente più proficuo chiedersi se la nuova vicenda della responsabilità sai rimasta fatto esclusivo di un ambito individuato dagli accadimento dell'età della tecnica o se, per avventura, non abbia comportato modifiche anche in settori che sembravano definitivamente sistemati" (*Il problema...*, cit., pp. 24-25).

[11] De acordo com Sérgio CAVALIERI FILHO: "A responsabilidade dos profissionais liberais, conforme prevista no art. 14, parágrafo 4º, do Código do Consumidor, é apurada mediante culpa, vale dizer, a responsabilidade dos profissionais liberais, não obstante prestadores de serviços perigosos, não é objetiva, é subjetiva. É uma regra especial prevista no Código do Consumidor, e que, como norma especial, continuará vigendo. Logo, médico, profissional liberal ou quem mais exercer uma atividade profissional de risco, não vai responder objetivamente, mas sim subjetivamente, pela regra do artigo 14, parágrafo 4º, do CDC" (Responsabilidade pelo fato do serviço no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. PFEIFFER, Roberto A.C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 214).

[12] Na lição de Maria Celina BODIN DE MORAES: "A noção normativa de culpa, como inobservância da norma objetiva de conduta, praticamente substituiu a noção psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (*standard*) objetivo de adequação, sem que se dê relevância à sua boa ou má intenção" (*Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212).

sentido, a apreciação global dos elementos do caso concreto revela-se fundamental. De um lado, é preciso perquirir junto à comunidade médica (a partir do parecer de peritos, juntas médicas, conselhos e entidades representativas da categoria, conforme a complexidade do caso) se a conduta adotada pelo profissional preencheu os procedimentos fundamentais esperados para aquele caso concreto.[13] De outra parte, cabe ao juiz investigar a natureza da confiança despertada pelo médico no paciente, o teor das informações trocadas entre ambos, a conduta do próprio paciente, as condições de trabalho do profissional, sempre compreendendo a relação médico-paciente como um vínculo que se constrói bilateralmente, no âmbito do qual a frustração da legítima confiança despertada pelo médico deve ser, sempre, o fundamento último de sua responsabilização.[14]

Atendo-se a tais propósitos, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos, seguidos de uma síntese conclusiva. O primeiro deles busca situar a atividade médica no âmbito das profissões liberais, procurando evidenciar a lógica valorativa que norteia seu exercício, e como essa lógica influencia na responsabilidade civil dos profissionais liberais. O segundo capítulo identifica os mecanismos tradicionais da responsabilidade civil do médico, problematizando o progressivo desprestígio sofrido pela culpa como requisito da responsabilidade civil, e criticando a forma como o diploma consumerista tem sido aplicado à relação médico-paciente. O terceiro capítulo analisa a equivocada associação entre culpa e erro médico, a provocar uma objetivação indireta da responsabilidade civil do médico, que será criticada a partir do estudo de três aspectos, a saber: i) os riscos envolvidos no exercício

---

[13] Assinala Fernando Gomes CORREIA-LIMA: "O erro médico e a consequente responsabilidade civil do profissional de medicina traz dificuldades para a jurisdição, pois envolve aspectos realmente particulares, algumas vezes restritos a especialistas. Os operadores jurisdicionais e, de modo especial, os aplicadores do Direito, enfrentam dificuldades extraordinárias no tocante à verificação do erro médico. Para apreciar o comportamento médico, o Judiciário deveria, sempre, decidir com a ajuda da prova pericial. Uma vez terminado o relatório pericial, as partes vão poder conhecer e analisar as conclusões do perito, comentá-las, criticá-las e, mesmo, solicitar nova perícia" (*Erro médico e responsabilidade civil*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 16).

[14] Sobre a necessidade de revalorização da relação médico-paciente, registram Maria de Fátima FREIRE DE SÁ e Bruno Torquato de Oliveira NAVES: "Com todo o aparato instrumental que tem em seu poder, o médico é induzido a uma mudança de atitude, fato que provoca o aparecimento de uma cultura diferente. Sua visão holística relacional é substituída pela frieza e objetividade do exame clínico. [...] O impacto da evolução da medicina é atestado pela sociedade como um todo. Hospitais conveniados e planos de saúde acessíveis, novas legislações e formas de gestão dos serviços públicos de saúde, além do acirramento das relações de consumo, fazem parte do novo contexto, e é o médico a peça-chave, o liame entre a sociedade e o doente. Eis aqui sua primeira grande dificuldade: compatibilizar os interesses do doente, que tem com ele um contrato de valor moral e jurídico, e a vontade da sociedade organizada, que lhe atribui responsabilidades, mostrando-lhe, sempre, que suas condutas serão oneradas pela lei. Assim, o desenvolvimento técnico-científico leva a uma ideologização da Medicina e das leis, onde o que efetivamente se busca é a aferição de poder e resultados, a despeito de exames detidos nas pessoas e de suas expectativas para com a própria vida" (*Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 107).

contemporâneo da medicina; ii) alguns dos mecanismos atuais de tutela da pessoa humana na relação médico-paciente; e iii) alguns exemplos de responsabilidade civil do médico à luz do paradigma da culpa normativa.

Finalmente, o quarto capítulo busca lançar as diretrizes para a atualização da técnica da responsabilidade civil do médico a partir de um conceito normativo de culpa – a exigir, de um lado, o parecer técnico de profissionais da medicina quanto à adequação da conduta adotada pelo médico e, de outro, a especial atenção do juiz no sentido de apreciar a relação de confiança formada entre médico e paciente, zelando pela boa-fé no curso dessa relação e, ainda, promovendo o equilíbrio processual na distribuição (dinâmica) do ônus probatório. Ao final, aborda-se a aplicabilidade das excludentes de responsabilidade ao caso específico do médico.

Em uma ordem constitucional que prima pela proteção da pessoa humana, faz-se necessário humanizar os elementos que tradicionalmente orientam a responsabilidade civil no âmbito da relação médico-paciente. De um lado, é preciso reconhecer que o médico, profissional liberal por excelência, está naturalmente sujeito a falhas,[15] não conta com grandes estruturas organizacionais para distribuir este risco ou diluir seu ônus econômico,[16] e não pode ter o exercício de sua profissão obstado por uma mentalidade assistemática que parte do pressuposto da vitimização do paciente,[17] em detrimento do próprio enfermo (que não obtém

---

[15] Falibilidade que é ínsita à própria ciência médica, como reconhece René SAVATIER: "*On ne peut reprocher à um médecin d'ignorer un point que la médecine n'avait pas encore éclairé, lors de son intervention, par exemple, d'avoir employé une méthode alors en usage, mais abandonné plus tard. Bien plus, la sicence médicale s'est à ce point développée qu'on n'en saurait, aujourd'hui, en exiger, chez le médecin, une connaissance universelle. Et l'on ne peut, davantage, demander à un jeune médecin, une expérience d'ancien*" (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 398).

[16] Semelhante diluição inclui-se no âmbito mais amplo da distribuição social dos riscos, assim definida em página clássica de Guido CALABRESI: "*questa espressione può essere usata in tre significati, molto diversi fra loro. Il primo significato è quello di frazionamento dei danni, il più ampio possibile, con riferimento sia alle persone che al tempo. Il secondo significato è quello di imputazione dei danni a quelle categorie di persone o di attività, che sono maggiormente in grado di reggerne il peso, in genere 'le più ricche', anche se ciò non implica necessariamente un vero e proprio frazionamento. Il terzo significato, infine, è quello di imputazione dei danni a quelle attività che, in qualque modo tuttora non precisato, li causano*" (*Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 42).

[17] O problema não representa exclusividade do ordenamento brasileiro. Na doutrina francesa também se registra o aumento de ações judiciais contra médicos e seus efeitos negativos sobre a prática médica: "*les condamnations prononcées inquiètent le corps medical, qui dénonce une derive à l'américaine et qui n'est pas loin de se sentir victime de l'ingratitude des patients et de l'acharnement des magistrats. Trois critiques sont souvent adresses à la jurisprudence: les magistrats, qui n'ont aucune formation médicale, ne peuvent juger la complexe démarche thérapeutique; l'action en justice fait subir aux médecins, dans l'opinion publique, un préjudice hors de proportion avec la faute commise ; la crainte de l'action en justice risque de briser, chez les médecins, l'esprit d'initiative et de multiplier les examens inutiles*" (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2006, p. 354).

do profissional sua melhor atuação mas, em vez disso, muitas vezes, apenas a chamada "medicina defensiva", preventiva de indenizações futuras)[18] e da dignidade do próprio médico, a quem deve ser assegurado o direito ao seu exercício profissional.

De outra parte, cumpre promover a efetiva tutela da confiança do enfermo, na medida exata do vínculo que ele estabeleceu com seu médico, dos deveres de boa-fé que devem ser respeitados entre eles e da construção (dialética e humana) da relação médico-paciente,[19] na qual o paciente volte a ser visto como um aliado, e não como um inimigo que não se pôde evitar. Busca-se, assim, superar a antiga perspectiva de distanciamento entre médicos e pacientes, exposta por Molière em célebre peça teatral, na qual certa personagem, ao ser indagada se os médicos são capazes de fazer alguém morrer, respondia prontamente: "Sem dúvida: e conheci certo homem que provava, com boas razões, que não é preciso jamais dizer: 'tal pessoa morreu de febre e de uma pneumonia': mas 'ela morreu de quatro médicos e de dois boticários'".[20]

---

[18] Sobre a chamada "medicina defensiva", afirma Stefano RODOTÀ: "*Proprio di fronte al rischio di dover risarcire possibili danni, si sono radicati comportamenti volti non a garantire la salute del paziente, ma a mettere il medico al riparo da quella eventualità. Ecco, allora, la prescrizione infinita di accertamenti preventivi, di analisi forse inutili, fino alla rinuncia ad effettuare interventi ritenuti troppo rischiosi non per il malato, ma per il chirurgo*" (Processo alla previsione. Disponível em: <http://triskel182.wordpress.com/2012/10/23/processo-alla-previsione-stefano-rodota/>. Acesso em 2 nov 2012.

[19] Observa Adriana Espíndola CORRÊA: "O papel da informação é de tutelar a confiança do paciente que, em última análise, está se entregando ao médico e tem o direito de saber qual o seu estado de saúde e quais suas alternativas, para decidir, com um mínimo de liberdade, se quer assumir os riscos para alcançar os benefícios esperados. Considerando esse aspecto indefectível da relação médico-paciente, o princípio da boa-fé objetiva obriga que a informação seja adequada, na sua forma e no seu conteúdo, a essa relação" (*Consentimento livre e esclarecido:* o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 149). Sobre a incidência da boa-fé sobre a relação médico-paciente, v. item 4.3, *infra*.

[20] Tradução livre. Veja-se o trecho completo, no original: "*LISETTE – Que voulez-vous donc faire, Monsieur, de quatre médecins? N'est-ce pas assez d'un pour tuer une personne? SGANARELLE – Taisez-vous. Quatre conseils valent mieux qu'un. LISETTE – Est-ce que votre fille ne peut pas bien mourir, sans le secours de ces messieurs-là ? SGANARELLE – Est-ce que les médecins font mourir? LISETTE – Sans doute: et j'ai connu un homme qui prouvait, par bonnes raisons, qu'il ne faut jamais dire: 'Une telle personne est morte d'une fièvre et d'une fluxion sur la poitrine': mais 'Elle est morte de quatre médecins, et de deux apothicaires'*" (MOLIÈRE. *L'Amour Médecin*. Acte II. Scène première).

1 A MEDICINA NO CENÁRIO DAS PROFISSÕES LIBERAIS

Não é mais o diploma médico,
mas a qualidade humana que se torna decisiva.

– CARL GUSTAV JUNG
(*La guérison psychologique*)

Ao longo de sua evolução, a humanidade tendeu, de modo geral, à especialização: percebeu-se, com o tempo, que as tentativas de realização de muitas tarefas por um único indivíduo costumavam resultar no fracasso ou, ao menos, em resultados de qualidade inferior do que aqueles obtidos por pessoas que se dedicavam a poucas atividades específicas. Dessa constatação também decorreu, provavelmente, a distribuição de tarefas que, ao longo da história, resultou nas profissões hoje conhecidas e desempenhadas pelo homem. Impulsionado por aptidões naturais ou adquiridas, guiado por influências familiares ou sociais, o indivíduo se especializa: aprende os métodos e as técnicas de um ofício ao qual passa a se dedicar, em tese, com melhor arte, maior habilidade e resultados superiores aos obtidos por mãos leigas.

O exercício – denominado *liberal* – de certas profissões caracteriza-se, justamente, por traços de arte individual especializada (distanciando-se, na maior parte das vezes, da complexidade dos vínculos trabalhistas e das grandes estruturas empresariais, que ensejam intrincadas repercussões no que tange à distribuição da responsabilidade por danos da atividade). Capaz, como todos os homens, de exercer apenas uma ou poucas atividades com amplo sucesso, o profissional liberal goza de confiança social no desempenho do ofício ao qual se dedica habitualmente.[21] Não por acaso, sua obrigação consiste em desempenhá-lo com cuidado, prudência e perícia: mestre em sua atividade, assume a responsabilidade, não pelo simples insucesso, mas pelo dano decorrente de eventual prática culposa, incompatível com o que legitimamente se espera de sua *expertise*. Em uma palavra, responde quando sua conduta conduz aos resultados que seriam obtidos por uma pessoa leiga.[22]

---

[21] Afirma CARVALHO SANTOS: "Presume-se perito e habilitado todo aquele que exercita publicamente uma arte, ofício ou profissão, de sorte que, se devido a uma imperícia, resultar qualquer dano, tem o prejudicado o direito de exigir a devida indenização, precisamente porque tenha razões para acreditar na habilitação de quem exercia publicamente a arte ou profissão respectiva" (*Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 247).

[22] Anota Bruno MIRAGEM: "A noção de profissionalismo está vinculada a uma especialidade, um conhecimento especial e presumivelmente abrangente sobre dada atividade que se exerce, e cujas características essenciais são conhecidas, utilizando-se deste conhecimento como meio de vida. Neste sentido, o profissional tem, em relação ao não profissional, uma superioridade em termos de conhecimento daquelas características do produto ou serviço" (*Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137).

Fundamento para o dever de indenizar pelo dano decorrente de conduta culposa, tal lógica também impõe limites à responsabilização do profissional liberal: não se pode dele exigir sucesso na totalidade dos casos.[23] Probabilisticamente, não é razoável esperar que um advogado seja bem sucedido em cem por cento das causas, mesmo que construa teses de defesa da mais alta qualidade para seus clientes; não caberia exigir, tampouco, do corretor que consiga concretizar todas as vendas que venha a intermediar; e assim por diante. Especificamente com relação ao médico, não pode ele evitar, por exemplo, que certos fatores externos à sua técnica interfiram na eficácia da terapia prescrita, ou fatores endógenos que façam com que o organismo do paciente reaja de modo imprevisível ao tratamento preconizado; não pode sequer impedir que a morte do enfermo por vezes sobrevenha aos mais diligentes cuidados e à mais adequada medicação, e nem por isso deverá ser responsabilizado. A própria medicina impõe limitações insuperáveis ao seu profissional.

Em síntese, o estudo da responsabilidade civil do médico consiste na definição do escopo de acerto que razoavelmente se pode esperar dele, na condição de profissional liberal. Para tanto, faz-se imprescindível admitir, neste cálculo, sua natural (e humana) possibilidade de erro.

1.1 **Profissionais liberais: um conceito histórico**

Não existe consenso quanto ao conceito de *profissional liberal*. O termo, consagrado pelo uso, costuma designar o profissional com estudo ou treinamento específico e que se sente livre para tomar decisões quanto ao exercício de seu ofício, embora o adjetivo *liberal* não decorra etimologicamente dessa liberdade característica, e sim das raízes romanas da

[23] A respeito, v., por todos, Paulo KHOURI: "Parece certo que, em grande parte, esses profissionais liberais atuam no mercado prestando obrigação ou atividade de meio e não obrigação de resultado ou atividade-fim. Eles atuam obrigando-se, com frequência, não pelo sucesso da atividade ou o seu resultado, mas pelo meio, ou seja, pelo emprego correto dos meios que tecnicamente estão autorizados a aplicar, como faz o médico em uma cirurgia, o advogado em um processo, o engenheiro em uma obra, e assim sucessivamente. Eles só podem ser responsabilizados se prestam a sua atividade de forma imprudente, negligente ou imperita, ou seja, com culpa, acarretando danos ao consumidor. Jamais podem ser responsabilizados pelo simples fato de a cirurgia não ter sido bem-sucedida, ou porque o cliente perdeu a causa" (*Direito do consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas, 2005, p. 173).

expressão.[24] Trata-se de designação atribuída ao longo dos séculos a determinadas profissões cujo único atributo verdadeiramente comum repousava em sua natureza intelectual[25] – por oposição aos ofícios de lavor físico, então considerado menos nobre.[26] Com efeito, admite-se a qualificação "liberal" até mesmo para o profissional subordinado a vínculo contratual trabalhista, a indicar que a nota essencial do adjetivo não reside na ausência de subordinação, mas sim no conhecimento acadêmico ou universitário necessário à sua prática.[27] Como intuitivo, porém, todas as considerações tecidas no presente trabalho acerca do exercício liberal da profissão (e, especificamente, da medicina) dizem respeito apenas à responsabilidade pessoal do profissional, mesmo quando ele se qualifique como preposto ou empregado no âmbito de alguma empresa ou instituição.[28]

---

[24] Relata José CRETELLA JÚNIOR: "Julgam alguns autores, sem formação clássica greco-latina, que o atributo *liberal*, designativo de certas profissões, decorreria do fato de ser respeitada a absoluta liberdade do profissional, quando decide sobre a oportunidade e o mérito, quer científico, quer deontológico, do ato especificamente profissional. De maneira alguma. O nome vem do direito romano. Em latim, o adjetivo *liberalis, e* dizia respeito à pessoa de condição livre, que não era escrava. As *artes liberales* eram as *belas letras.* Depois, as profissões 'nobres', por oposição às profissões 'braçais'. Isto não quer dizer, entretanto, que o *liberal* não seja *livre*, com *liberdade* para decidir a respeito do ato profissional que realiza, o que, por outro lado, de modo algum significa que o nome *liberal* advenha do traço de 'liberdade', característico desse tipo de profissão" ("Profissão liberal". In FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 62. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 37-38. Grifos do original).

[25] Com efeito, afirma Giovanni GIACOBBE tratar-se de "*una attività umana qualificata per la presenza di due requisiti: la professionalità, intesa sotto il profilo della continuità del suo esercizio, e l'intellectualità, intesa come espressione della produzione intellettuale del soggetto, idonea a qualificarne il carattere rispetto ad altre attività dello stesso soggetto, uomo, che, ancorché definite materiali, sono pur sempre riconducibili ad aspetti di intellettualità, nella misura in cui ogni atto umano non può essere nettamente scisso dalla matrice intellettiva che caratterizza l'agire dell'uomo. Si vuol dire che, nella logica del sistema normativo emergente dei dati testuali e dalla loro intima connessione, in un contesto che trova anche riferimenti precisi nel texto costituzionale, l'elemento che deve essere preso in considerazione per procedere all'analisi, e quindi alla ricostruzione, della fattispecie è la preminente e determinante qualificazione intellettuale dell'atività disciplinata. Sotto questo profilo, sembra agevole definire le linee di differenziazione della (prestazioni di) opera intellettuale dalla prestazione consistente nel comprimento di un'opera o di un servizio dietro corrispettivo, per il fatto che* [...] *nella prima ipotesi l'elemento qualificante dell'opera, e quindi decisivo al fine di definirne la natura giuridica sotto il profilo della determinazione degli effetti, deve essere ricercato nella sua natura di creazione,* lato sensu *intesa, intellettuale; nella seconda, invece, tale elemento va individuato nel conseguimento di un risultato materiale, che di per sé assume rilevanza nella qualificazione della fattispecie*" (Professioni intellettuali. In *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXVI. Milano: Giuffrè: 1987, p. 1066).

[26] Alude-se, ainda, à natureza não industrial ou comercial da profissão, como ressalta Ana PRATA: "Genericamente, designa-se assim qualquer atividade lucrativa por conta própria, que não seja de natureza comercial nem industrial" (*Dicionário jurídico*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1144).

[27] Afirma DE PLÁCIDO E SILVA: "[...] não se exclui a possibilidade de ser o trabalhador liberal ou profissional liberal suscetível de um contrato de trabalho, em que se determine ou se evidencie uma subordinação, regulada e protegida pelas leis trabalhistas. Assim sendo, o caráter distintivo da profissão liberal está principalmente em ser uma profissão, cujo exercício depende de conhecimentos acadêmicos ou universitários ou cujo êxito decorre da maior ou menor capacidade intelectual do profissional" (Profissional liberal. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 647). Contra, exigindo que não haja vínculo de subordinação, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261.

[28] O entendimento é explicitado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.627/2001, onde se lê: "É cada vez mais comum que a relação econômica entre os profissionais e os seus clientes sejam intermediadas por organizações sociais de natureza privada ou pública que financiam o pagamento dos atos profissionais. Nesta

Nesse diapasão, têm-se designado contemporaneamente as profissões liberais como *profissões intelectuais*,[29] afirmando-se, em geral, que tais ofícios demandariam, necessariamente, diploma ou certificado de formação universitária na respectiva área de atuação.[30] A definição exige, contudo, temperamentos, sob pena de se excluírem do gênero determinadas atividades usualmente designadas como liberais, tais como a do jornalista,[31] cuja formação universitária não representa mais requisito essencial à profissão, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.[32]

---

circunstância, os profissionais podem ser empregados assalariados (de empregadores públicos ou privados) ou podem ser agentes profissionais credenciados, recebendo sua remuneração por serviços prestados, sem que se configure uma relação empregatícia, com suas vantagens e desvantagens. [...] Neste caso, o profissional entabula com quem precisa de seus serviços apenas dois planos de relação: a relação técnica e o relacionamento interpessoal. A relação econômico-financeira se dá entre o cliente e a agência financiadora. Ressalte-se que a responsabilidade profissional fica igualmente dividida entre estes dois agentes".

[29] A respeito da disciplina jurídica que lhes confere o ordenamento italiano, afirma Giovanni GIACOBBE sobre as profissões intelectuais: "*Nel quadro della disciplina dettata per la regolamentazione del lavoro autonomo – espressione questa ultima diretta a qualificare, nella generale, o generica, intitolazione del quinto libro del codice civile, l'esercizio di attività lavorativa non attuata nell'àmbito di un'organizzazione imprenditoriale – il capo II tit. III lb. V c.c. intitolato alle 'professioni intellettuali' disciplina quella attività autônoma tradizionalmente definita com l'espressione 'professioni liberali'*" (Professioni intellettuali, cit., pp. 1065-1066).

[30] O entendimento fortaleceu-se historicamente a partir do art. 150 da Constituição de 1937, que limitava o exercício de profissões liberais a brasileiros natos e naturalizados, e restringia aos natos a possibilidade de revalidarem diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros. A respeito, v. Oscar SARAIVA: "não é só a natureza intelectual da atividade que serve para caracterizá-la como *liberal*, mas ainda a circunstância de ser necessária, para seu exercício, a posse de um diploma profissional, de escola autorizada, ou a revalidação de diploma obtido no estrangeiro. Temos, pois, ante o texto do citado art. 150, *profissão liberal* como aquela para cujo exercício é indispensável um diploma conferido por escola autorizada" (O contrato de trabalho e os profissionais liberais. *Direito*. Vol. 7, tomo 61, jan-fev/1941). No mesmo sentido: DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 647.

[31] O jornalista é considerado profissional liberal, dentre outros, por José CRETELLA JÚNIOR. Profissão liberal, cit., p. 39. A exigência de diploma é relativizada por diversos autores, tais como Paulo Luiz Netto LOBO: "Entende-se por profissional liberal todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar. Na hipótese c) apenas estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis" (Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/1998, p. 159). No mesmo sentido, Sergio CAVALIERI FILHO: "o melhor caminho é definir o profissional liberal pelas características de sua prestação de serviços, e não pelo seu grau de escolaridade, ou pelo enquadramento na regulamentação legal" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 261).

[32] Cf. STF, RE 511.961/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.6.2009, em que se decidiu pela não recepção na ordem constitucional de 1988 do art. 4º, inciso V do Decreto-lei 972/1969, que exigia diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido pelo Ministério da Educação, para o registro no órgão regional competente, indispensável ao exercício da profissão. A exigência, considerada, à época, violadora da liberdade de expressão e informação pelo STF, torna-se novamente objeto de debate com a Proposta de Emenda à Constituição 33/2009, em tramitação no Congresso Nacional, que propõe o acréscimo do "art. 220-A à Constituição Federal, para dispor sobre a exigência do diploma de curso superior de comunicação social, habilitação jornalismo, para o exercício da profissão de jornalista".

Como aspectos característicos das profissões liberais citam-se, ainda: a existência de conselhos profissionais ou órgãos oficiais de controle do exercício profissional;[33] a habitualidade do exercício, muitas vezes associada ao próprio conceito de profissionalidade;[34] o caráter não empresarial do exercício profissional;[35] dentre muitos outros.[36] A caracterização do profissional liberal mostra-se juridicamente relevante, por exemplo, para a incidência do prazo prescricional de 5 anos para a cobrança de honorários, previsto no art. 205, §5º, II do Código Civil.[37] A qualificação também produz diversas consequências de direito tributário. Muitas profissões liberais (tais como a medicina e o direito), por exemplo, não se qualificam para o regime tributário SIMPLES Federal (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e

[33] Por todos, v. Paulo Luiz Netto LOBO: "As profissões liberais são melhor identificadas quando regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado (ou fiscalizadas por entidades, com delegação estatal específica)" (Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova, cit., p. 159).

[34] A habitualidade é elencada como característica essencial da atividade do profissional liberal, dentre outros, por Bruno MIRAGEM. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 471.

[35] Dispõe o Código Civil: "Art. 966. [...] Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa". Comenta Nagib SLAIBI FILHO: "Empreendedor embora, não se confunde, no entanto, o profissional liberal com o empresário. [...] tem sido considerado, na esteira da orientação peninsular, que aquele que exerce individualmente uma profissão intelectual, como advogado, médico, engenheiro, contador, cientista ou artista, mesmo sendo o organizador de um conjunto de colaboradores e auxiliares, não é considerado empresário, mas um profissional autônomo. [...] Nessa vertente do pensamento, deve ser destacado que a existência da imprescindível organização da prestação dos serviços, por si só, não é suficiente para conferir caráter empresarial à atividade do profissional autônomo – é que a organização constitui elemento essencial em qualquer atividade da prestação de serviços ou de produção de bens, cuja sofisticação atual impossibilita a atuação puramente individual" (Responsabilidade civil dos profissionais liberais: a obrigação de diligência. In RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 338-339).

[36] Na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.627/2001 encontram-se previstas diversas características indicadoras da *profissionalidade* – todas, em princípio, de grande relevância, para a qualificação de uma profissão liberal. São elas: "1 - Exercício privilegiado de uma atividade socialmente valorizada e legalmente instituída; 2 - A liberdade de escolher os clientes e os meios para servi-los é uma característica essencial dos profissionais, ao menos como profissionais liberais; 3 - uma profissão deve ser escolhida livremente e livremente exercida, o que fundamenta a maior responsabilidade do profissional; 4 - Responsabilidade individual (cível, penal, administrativa e ética) dos agentes profissionais no desempenho de atos específicos de sua profissão; 5 - Exigência e reconhecimento da capacidade técnica baseada no conhecimento teórico-acadêmico, na experiência prática controlada, o que corresponde a um nível superior de instrução demonstrada em exames oficialmente regulamentados e no reconhecimento pelos demais profissionais; 6 - Atitude social e conduta profissional positivas permanentemente aferidas por um código de conduta que varia segundo o nível de organização da corporação e a consciência social de seu valor mas que se orienta pelo princípio da lealdade prioritária ao cliente e da consciência do dever; 6 - A atividade profissional prioriza o bem público e o interesse da clientela, o que se traduz no grau de consciência social de seus praticantes e vem a resultar no seu reconhecimento legal, sendo outro importante fator de reconhecimento social; e, por último, 7 - Nível elevado de altruísmo e de probidade por parte de seus praticantes em relação à sua clientela, reconhecendo-lhe a vulnerabilidade e a dissimetria na relação".

[37] Dispõe o Código Civil: "Art. 206. Prescreve: [...] §5º Em cinco anos: [...] II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato".

Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte),[38] embora se admitam escritórios de contabilidade no sistema.

Outros autores ainda sustentam que o termo "profissional liberal" deveria ser igualmente empregado para designar outras categorias profissionais – na verdade, qualquer trabalhador que trabalhasse por conta própria, com liberdade, independentemente da natureza da atividade. Nesse sentido, também seriam profissionais liberais "o sapateiro, o carpinteiro, o marceneiro, o eletricista, o pintor, a costureira, desde que prestem o serviço com autonomia, sem subordinação".[39] Embora defendida por autorizada doutrina, semelhante posição apresenta o inconveniente de alargar em excesso o conceito de profissional liberal, quase ao ponto de se esvaziar a utilidade da categoria – em outras palavras, se todos fossem profissionais liberais, ninguém o seria. Ademais, tendo-se em conta a historicidade do conceito de profissão liberal, não se pode ignorar que os ofícios aduzidos por essa corrente doutrinária nunca foram associados, na consciência social, a esta qualificação. Parece preferível, portanto, afastá-los do gênero das profissões liberais.

Não significa, logicamente, que tais ofícios, normalmente reputados profissões técnicas, não sigam, quanto ao regime de responsabilidade civil, a mesma sistemática das profissões liberais – vale dizer, a da responsabilidade subjetiva.[40] Os autores que consideram tais trabalhadores profissionais liberais o fazem, em geral, apenas para caracterizar que sua responsabilidade não segue a sistemática objetiva do Código de Defesa do Consumidor, exigindo, ao contrário, a demonstração de seu agir culposo para que surja seu dever de indenizar nas hipóteses em que a atividade desenvolvida acarrete danos.[41] Neste ponto, não há controvérsia; afirma-se, simplesmente, a desnecessidade de sacrificar a acepção corrente do termo "profissional liberal" para se sustentar que a responsabilidade de tais trabalhadores também depende de comprovação da culpa – na verdade, o erro está em se pensar que se

---

[38] Trata-se do sistema instituído pela Lei 9.317/1996 com o objetivo de facilitar o recolhimento tributário de microempresas e médias empresas.

[39] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261.

[40] A respeito, v. item 2.1, *infra.*

[41] Ilustrativamente, Paulo KHOURI defende que a qualificação "profissional liberal" possa ser usada por tais trabalhadores para seguirem o regime de responsabilidade subjetiva: "Não se pode dizer, contudo, que apenas aqueles prestadores de serviço, como médicos e engenheiros, que tenham profissão regulamentada por lei, são os profissionais liberais de que trata o §4º do art. 14 [do Código de Defesa do Consumidor]. O que impediria, em princípio, um pedreiro, um eletricista, um mecânico de invocarem a condição de profissionais liberais para se defenderem nos termos do §4º do art. 14? Tem-se que o CDC não pretendeu tratá-los de forma diferenciada, tendo também a seu favor a excludente da culpa, tal qual o médico e o engenheiro" (*Direito do consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo, cit., p. 172).

enquadram na categoria de fornecedores, quando em verdade se trata de relação paritária de prestação de serviços.

1.2 **O médico: profissional liberal por excelência**

Paradigma das profissões liberais,[42] a medicina ostenta todos os elementos clássicos de caracterização do gênero. O diploma universitário é obrigatório para a prática médica por força do Decreto 44.054/1958,[43] que aprovou o Regulamento do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais de Medicina.[44] A liberdade de atuação do médico constitui notória garantia consignada no Código de Ética Médica e corroborada pelo relevante papel desse profissional na sociedade.[45] A atividade, por fim, pode ser exercida de forma autônoma (via de regra, em consultórios médicos), sem vínculo de subordinação, ou em regime trabalhista (nas redes hospitalares pública ou privada), assegurando-se, porém, o livre exercício da profissão.

Especificamente no que tange à liberdade de exercício da medicina, afirma-se ainda que o dever de solidariedade do médico para com a sua classe profissional (não se

---

[42] A confirmar tal caráter paradigmático, basta observar que, em todas as obras que tratam do regime jurídico das profissões liberais, a medicina é citada sempre como primeiro (senão único) exemplo.

[43] Dispõe o artigo 1º do Regulamento: "Art. 1º Os médicos legalmente habilitados ao exercício da profissão em virtude dos diplomas que lhes foram conferidos pelas Faculdades de Medicina oficiais ou reconhecidas do país só poderão desempenhá-lo efetivamente depois de inscreverem-se nos Conselhos Regionais de Medicina que jurisdicionarem a área de sua atividade profissional. Parágrafo único. A obrigatoriedade da inscrição a que se refere o presente artigo abrange todos os profissionais militantes, sem distinção de cargos ou funções públicas".

[44] Explica Heloisa Helena BARBOZA: "os Conselhos Federal e Regionais foram investidos por Lei, em sentido formal, no denominado "poder disciplinar", que consiste na faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. O poder disciplinar se aplica a um grupo especial, ou a uma determinada classe de pessoas, buscando a pena disciplinar o aperfeiçoamento dos grupos submetidos a um estatuto comum (servidores públicos, profissionais liberais etc.)" (O que muda com o novo Código de Ética Médica?. *Urologia essencial*. Vol. I, n. 4. Sociedade Brasileira de Urologia, out-dez/2011, p. 21).

[45] Dispõe o Código de Ética Médica: "Capítulo I. Princípios fundamentais (...) VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho". Sobre o livre exercício da medicina, cf. Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e Ricardo Rachid de OLIVEIRA, que afirmam: "No caso dos médicos, a única restrição profissional que se pode fazer no exercício da medicina é a obrigatoriedade de inscrição nos quadros dos Conselhos Regionais de Medicina, mediante a apresentação do diploma de médico. Por evidente, é a lei que assim determina, porque a Constituição abre a possibilidade de se estabelecer[em] limites tão só no que se refere às qualificações profissionais exigidas" (A ética médica e o livre exercício da profissão. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico*: aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 245).

posicionando contrariamente aos interesses legítimos da categoria, em situações como as que envolvem paralisações em prol de melhores salários nas redes hospitalares ou de remunerações dignas dos serviços médicos prestados em regime de convênio com empresas operadoras de planos de saúde) não pode constituir óbice à livre tomada de decisões pelo médico, que deve ter autonomia para decidir sobre o atendimento ou não de pacientes, ressalvadas as situações de urgência, quando sua atuação considera-se obrigatória.[46]

Embora não se ponha em dúvida a posição da medicina como profissão autônoma em relação a outras atividades relacionadas à saúde, essa autonomia pode ser evidenciada pela previsão de uma série de atos privativos do médico. Dentre tais atos, destacam-se: o diagnóstico de enfermidades e a indicação ou realização de procedimentos terapêuticos; a elaboração da história clínica (história da doença e anamnese) do paciente, de relatórios de exames e dos respectivos laudos; a execução e solicitação de exames físicos, psíquicos e complementares visando ao diagnóstico de enfermidades ou ao acompanhamento terapêutico; a realização de procedimentos clínicos, cirúrgicos ou quaisquer outros com finalidade diagnóstica, profilática, terapêutica ou de reabilitação que impliquem em algum procedimento diagnóstico ou terapêutico; a realização de perícias administrativas, cíveis ou penais em sua área de competência; a direção de serviços médicos; o planejamento, execução, controle, supervisão e auditoria de serviços médico-sanitários oficiais ou privados, dentre outros.[47]

A figura do médico, no passado já associada ao curandeirismo, ao misticismo e às forças sobrenaturais, vincula-se, na atualidade, ao vertiginoso avanço da ciência; sobreleva, ao mesmo tempo, em importância, no âmbito de uma ordem constitucional que privilegia, com prioridade, a tutela da pessoa humana. O profissional da medicina atua entre estes dois polos, não antagônicos, mas complementares: o saber técnico e a proteção da dignidade de seu paciente, pessoa humana em situação de especial vulnerabilidade. Também a lei, ao disciplinar o exercício liberal dessa profissão, deve atentar a estes dois polos, buscando, como

---

[46] Ilustrativamente, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e Ricardo Rachid de OLIVEIRA: "Afinal, os médicos têm o direito de se recusar a atender os pacientes de uma determinada seguradora, por questões de remuneração. Trata-se, enfim, do direito constitucional de lutar por melhores condições de remuneração. Ora, se é um direito, melhor enquadrando, uma *facultas agendi*, não se pode obrigá-los a exercê-lo, justamente porque não se trata de um dever" (A ética médica e o livre exercício da profissão, cit., p. 250).

[47] Os atos citados encontram-se previstos na Resolução CFM n. 1.627/2001, onde se faz alusão também a atos de competência do médico em concorrência com outros profissionais da saúde, a saber: a realização de atos profiláticos de enfermidade ou procedimentos higiênicos que possam ser ou vir a ser fomentadores de bem-estar individual ou coletivo; a realização de procedimentos profiláticos ou reabilitadores que não impliquem em diagnosticar enfermidades ou realizar procedimentos terapêuticos e procedimentos diagnósticos; e a realização de exames subsidiários complementares do diagnóstico médico, nos termos da lei.

já se asseverou, "estabelecer um quadro jurídico onde coexistam o progresso científico e a dignidade dos homens".[48]

1.3 **Fundamentos para a responsabilidade civil dos profissionais liberais**

Afirma-se, usualmente, não ser possível prever uma teoria ampla da responsabilidade das profissões liberais. Com efeito, cada profissão, cada dia mais, se especializa e se submete a determinados imperativos próprios, destinados à satisfação de sua clientela específica, a partir da natureza da própria atividade.[49] De modo geral, porém, pode-se afirmar que a imputação de responsabilidade aos profissionais liberais no exercício de sua atividade se baseia, sobretudo, na quebra da confiança despertada em face do cliente, causando danos.[50] Realmente, se é pela confiança suscitada na sociedade por seu conhecimento e experiência que o profissional liberal se qualifica com tal, é diante da quebra dessa confiança que se lhe deve imputar a responsabilidade pelos danos por ele causados.[51]

---

[48] FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito & medicina:* aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 19.

[49] VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49.

[50] Sobre o uso dos termos *cliente* e *paciente*, v. a Resolução CFM 1.627/2001: "Profissional e cliente são conceitos basicamente econômicos e indicam em sua intercomplementaridade uma modalidade particular de relação no mercado. Os conceitos de profissional e cliente (inclusive clientela) apontam para o caráter socioeconômico do trabalho, ainda que não se refira especificamente ao financeiro, nem o dinheiro ou outro valor material análogo intermedie aquele relacionamento. Estes conceitos se empregam para referir o nível profissional da interação. Enquanto a díade médico-paciente faz menção à atividade profissional médica; à interação de alguém que sofre com quem trata dele, de quem está ameaçado pela morte ou pela invalidez com quem pode salvá-lo deste destino. Na tradição dos médicos, acumulada em muitos séculos, esta parece ser a melhor designação para referir sua interação intersubjetiva com seus clientes. O paciente não é apenas o cliente do médico. A designação paciente, tradicionalmente atribuída aos clientes dos médicos (e de outros profissionais da saúde), importa em destacar o reconhecimento de sua qualidade de enfermo não só como objeto de uma atuação científico-técnica mas, principalmente, como sujeito de uma interação interpessoal responsável e humana dirigida para libertá-lo do padecimento".

[51] Afirma Sergio CAVALIERI FILHO: "A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca" (*Programa de direito do consumidor*, cit., pp. 261-262). No mesmo sentido, Marcela OLIBONI: "Ressalte-se que a confiança é o pilar dessa relação, é o valor que a sustenta. E assim deve ser em toda e qualquer relação de consumo. Mas esta, especificamente, tem um *plus*. A confiança que o doente deposita no seu médico assistente é a de que este protegerá seus bens mais valiosos – saúde e vida. Tão valiosos que protegidos pela Carta Maior, ao erigir fundamento da República a dignidade da pessoa humana" (Responsabilidade civil do médico no CDC. Aspectos relevantes. In MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 352).

Semelhante confiança pode se encontrar tutelada por meio da previsão dos mais diversos deveres profissionais, estabelecidos pelo próprio legislador, pelos códigos de ética das respectivas profissões, ou simplesmente pela práxis profissional.[52] O cenário é complexo, afigurando-se cada vez mais difícil propor elencos taxativos com tais deveres.[53] Se fosse possível, todavia, agrupar, do modo mais abrangente possível, os deveres mais comumente associados ao exercício das profissões liberais, eles se dividiriam, ao menos, em dois grupos:[54] os deveres relacionados à segurança oferecida ao cliente pelo emprego da técnica mais adequada, e os deveres relacionados à prestação e à coleta de informações junto ao cliente, bem como ao respectivo sigilo.[55]

Os *deveres de segurança* correspondem à confiança depositada pelo cliente na boa técnica a ser empregada pelo profissional. De fato, se o profissional liberal pode ser caracterizado pelo domínio de uma técnica ou arte específica – domínio este decorrente do estudo intelectual e da habitualidade do exercício –, tem-se como decorrência lógica que o cliente que se relaciona com ele espera obter a segurança de um serviço executado com a diligência, a prudência e a perícia que a *expertise* do profissional oferece, com ampla vantagem em relação ao serviço prestado por um leigo.[56] Confia, portanto, o cliente que o

---

[52] VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, cit., p. 49.

[53] Conforme analisa Nagib SLAIBI FILHO, "a responsabilidade civil dos profissionais liberais é tema tormentoso na doutrina e nos pretórios em decorrência dos surpreendentes e inéditos desenvolvimentos que esse início de século oferece quanto à consciência de cada pessoa sobre os próprios direitos e do segmento econômico da prestação de serviços, este cada vez mais sofisticado e complexo" (Responsabilidade civil dos profissionais liberais: a obrigação de diligência, cit., p. 338).

[54] Os dois aludidos grupos de deveres são lembrados, por exemplo, por Marcelo BENACCHIO, que alude ao dever de segurança diretamente como o dever de emprego da técnica mais adequada, conforme proposto no presente estudo: "na aplicação desses deveres [do médico] competirá ao intérprete adequá-los à *fattispecie* incidente, mormente na consideração da culpa ser relevante para o encontro do comportamento devido (responsabilidade subjetiva) ou ser irrelevante (responsabilidade objetiva). Diante disso e dentro dos limites desta pesquisa, optamos por tratar dos deveres do médico por meio de seus traços essenciais, ou seja, a informação (e consequentemente o consentimento do paciente) e o apuro da técnica empregada" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 331.

[55] Não se pode falar, frise-se, em uma divisão estanque desses deveres. A segurança esperada pelo paciente do tratamento médico deriva, em grande parte, do modo como se observou o dever de informação. Nesse sentido, v. Heloisa Helena BARBOZA: "Há uma segurança que legitimamente se espera e que deve ser incluída na atividade. A informação clara ao paciente é dever do médico e só pode faltar se rejeitada pelo paciente, ou se estiver incapacitado de manifestar-se. Tal informação inclui-se na esfera de expectativa legítima do paciente, da segurança esperada, que não se verificando gera a responsabilização" (Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 216-217).

[56] Observa Neri Tadeu Camara SOUZA: "É pois o próprio agir do médico o objeto jurídico que foi contratado com o paciente. Se não agir com culpa o médico pode ter considerada como adimplida a sua obrigação para com o paciente mesmo que venha a cometer, por exemplo, um erro de diagnóstico que seja inevitável, portanto escusável e atribuído, portanto, tão só a um infortúnio. A sua responsabilidade fica circunscrita pois à atuação

profissional prestará um serviço dentro dos parâmetros mais adequados e atuais de sua técnica, tomando todas as medidas e cautelas que outro profissional com a mesma qualificação tomaria, conforme os padrões prescritos pela própria ciência, técnica ou arte desempenhadas.[57]

Como intuitivo, a segurança não pressupõe que nenhum dano possa advir para o cliente da prestação feita pelo profissional liberal. O conceito de segurança, muito difundido na atualidade pelos estudiosos do direito do consumidor (cuja lógica tem sido amplamente estendida, não sem alguma distorção, à disciplina jurídica das profissões liberais, conforme se demonstrará mais adiante), que o caracteriza como um conceito relativo: de fato, não se trata da eliminação de qualquer insegurança, mas do oferecimento de um serviço cujos riscos se mantenham nos padrões de normalidade e de previsibilidade.[58] A medicina, especificamente, pressupõe inúmeros riscos ao paciente (poder-se-ia, apropriando-se mais uma vez de um conceito do direito do consumidor, falar em periculosidade inerente); a legítima expectativa do cliente, no entanto, é de que o médico, profissional perito em seu ofício, adote todas as condutas-padrão que lhe ofereçam as melhores condições de segurança, conforme o estado da arte e as condições fáticas do atendimento.[59]

---

com correção nos atos médicos através de uma atuação diligente, prudente e perita, respeitando o estágio científico da Medicina naquele determinado momento, ou seja, obedecendo a *lex artis*" (Aspectos da responsabilidade civil do médico. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico*: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 259).

[57] Não se presume no âmbito desta confiança a obtenção de um resultado específico, a não ser que esse resultado tenha sido especificamente assumido, conforme registra Geneviève VINEY: "Quanto ao alcance dessas obrigações profissionais, ele é variável, sobretudo nos sistemas jurídicos que adotaram a distinção entre obrigação de meios e obrigações de resultado, pois se a obrigação é qualificada como 'de meios', seu desconhecimento não é contestado, nem a responsabilidade admitida, senão quando a vítima prova a negligência ou a imprudência do profissional [...]. Em síntese, a obrigação de segurança é avaliada com bastante severidade, mesmo quando é qualificada como obrigação de meios" (As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, cit., p. 50). Sobre a distinção entre obrigações de meios e de resultado, v. item 2.3, *infra*.

[58] Conforme pondera Antônio Herman BENJAMIN, "de uma maneira geral, pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. Constata-se que os bens de consumo têm sempre um resíduo de insegurança que pode ou não merecer a atenção do legislador. O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito" (BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117).

[59] Afirma Antônio Herman BENJAMIN: "Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral de expectativa legítima. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. [...] A periculosidade integra a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo)" (BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., 2009). Sobre o risco na prática da medicina, v. também o item 3.2, *infra*.

Os *deveres de informação*, por sua vez, dizem respeito ao lado mais humano (embora não necessariamente menos técnico) do serviço prestado pelo profissional liberal. A construção da relação entre o profissional e o cliente deve ser construída dialeticamente, por meio da troca constante de informações. Nesse contexto, o profissional deve saber fornecer e colher informações: em outras palavras, deve saber tanto orientar seu cliente quanto a eventuais riscos de não obtenção do resultado pretendido, medidas que ele próprio deve tomar para a garantia ou a facilitação desse resultado etc., quanto obter dele as informações pessoais necessárias para a melhor prestação do serviço e para compreender com a maior clareza possível quais são suas expectativas.[60]

Se a informação já se mostra de enorme relevância na prática das profissões liberais em geral, sua importância para a medicina e as demais profissões relacionadas à saúde considera-se incontroversa.[61] A relação médico-paciente será tão mais benéfica para o sucesso do serviço médico oferecido quanto mais intensa for a troca de informações entre as partes, e quanto melhor forem observados os deveres decorrentes da boa-fé, princípio indissociável dessa relação.[62] Sem dúvida, em muitos casos a premência do atendimento do paciente ou o

---

[60] A troca de informações entre médico e paciente mostra-se tão relevante que muitas demandas judiciais em face de profissionais da saúde podem ser atribuídas à sensação de descaso sofrida pelo cliente, conforme registra Roberto Luiz D'ÁVILA: "A atual crise no relacionamento médico-paciente é a expressão de um problema profundo e complexo, que não pode ser resolvido por medidas meramente egoístas, motivadas apenas pela preocupação com o custo-benefício. Necessidade de reparação do dano, vingança emocional e desejo de ensinar os médicos para que não repitam o erro são as prováveis causas das denúncias. [...] nem todas as denúncias envolvem resultados adversos, mas podem ter outros motivos. Com efeito, 71% dos denunciantes revelaram relacionamento problemático com seus médicos, sendo 32% por demérito; 29% pela não valorização das queixas dos pacientes; 26% por não informar adequadamente sobre a doença e 13% por não compreender as expectativas dos pacientes, ou de seus familiares. Conclui-se que a decisão em denunciar os médicos foi tomada por: 1. Falta de cuidado ou falta de colaboração dos médicos ao assistir os pacientes; 2. Indisponibilidade; 3. Pouco envolvimento com o paciente e seus familiares; 4. Informação deficiente" (O ato médico e a relação médico-paciente. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico:* aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, pp. 13-14).

[61] Segundo Geneviève VINEY, "se a obrigação de segurança conserva lugar de destaque hoje, são doravante as obrigações ligadas à informação (obrigação de ensino, de prevenção ou mesmo de aconselhamento) as mais frequentemente invocadas para justificar as responsabilidades profissionais [...]. Particularmente na área médica, a obrigação de informação ocupa lugar crescente, em virtude do respeito à vontade do paciente e ao seu consentimento esclarecido. Na França, principalmente, essa obrigação foi objeto de regulamentação detalhada pela Lei de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos enfermos e à qualidade do sistema de saúde" (As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, cit., p. 49).

[62] Lembra Marcelo BENACCHIO: "O direito fundamental de autodeterminação, como gênero da autonomia privada, é aplicável às relação entre médico e paciente, de maneira que o paciente tem o direito de decidir o que pode ser feito com seu corpo, inclusive recusando um procedimento médico. [...] 'Assim, mesmo que haja pleno convencimento dos médicos de que o tratamento ou a cirurgia serão em benefício do paciente, há a obrigação de esclarecer o paciente sobre a envergadura, o alcance e as possíveis consequências de tal ato'. [...] O direito de autodeterminação do paciente implica o dever de informação do médico, pois sem o cumprimento disso é impossível ao paciente decidir o que tenha por melhor para si mesmo e seu corpo. Destarte, há uma íntima vinculação entre o dever de informação do médico e o direito de autodeterminação, de forma que não é possível pensá-los de forma separada" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., pp. 332-333).

próprio estado de saúde do enfermo (comprometendo ou suprimindo sua capacidade de receber ou fornecer informações) poderá prejudicar a adequada construção de sua relação com o médico; de todo modo, não se questiona a relevância do aspecto da informação para que se tenha caracterizado o cumprimento adequado das atribuições do profissional de saúde.[63]

O dever de segurança e o dever de informação apresentam uma diferença crucial, ao menos do ponto de vista de sua verificação em concreto. Se a quebra da confiança quanto ao dever de informação pode ser apreciada diretamente pelo juiz na hipótese de um litígio entre profissional e cliente – na medida em que o magistrado, humano que é, detém, na maior parte das vezes, todo o instrumental necessário para investigar se a troca de informações entre as partes se deu do modo mais adequado, à luz do caso concreto –, a ruptura das expectativas do cliente quanto à segurança do serviço oferecido pelo profissional liberal mostra-se de difícil perquirição pelo juiz. Com efeito, o julgador não possui todos os conhecimentos necessários para julgar a adequação da técnica empregada pelo profissional; aliás, é justamente pelo fato de deter um conhecimento que as pessoas em geral não possuem que o profissional pode ser responsabilizado se agir com imprudência, negligência ou imperícia.[64] Nesse caso, apenas o parecer de outros profissionais poderá detectar, com segurança, se houve culpa do profissional na prestação do serviço.

A qualificação da medicina como a mais emblemática das profissões liberais, bem como a compreensão de que é a confiança despertada que serve de fundamento para a aferição da culpa na conduta de qualquer profissional liberal (seja quanto ao manejo de sua técnica, seja quanto à construção de uma relação informada com seu cliente ou quanto ao cumprimento de qualquer outro dever que se lhe entenda imputável), permitem traçar o itinerário investigativo em direção a uma teoria geral da responsabilidade civil do médico. O fato de se tratar de profissional liberal, que atua individualmente, com base apenas em seus

---

[63] A aferição da qualidade da informação prestada pelo profissional é comentada por Geneviève VINEY: "Quanto às obrigações ligadas à informação, elas são tratadas em princípio como obrigações de meios, salvo quando a informação é imposta por lei ou contrato, mas são muito mais vigorosas nas relações do profissional com um não profissional ou consumidor do que em suas relações com outros profissionais, sobretudo quando estes últimos são da mesma especialidade" (As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, cit., p. 50).

[64] Conforme se afirma na Resolução CFM 1.627/2001: "Toda atividade profissional é propulsada essencial e juridicamente pelo que se denomina '*lex artis ad hoc*', que presume a diligência, a prudência e a perícia profissionais. Porque estes atributos caracterizam o procedimento profissional. Sua ausência presume a caracterização de conduta transgressora culposa. Na ação transgressora das normas sociais, diz-se que há dolo quando tenha resultado da intenção de chegar àquele resultado; e culpa, quando o dano é causado involuntariamente. Todo ato profissional presume preliminarmente estes três atributos. O caso contrário: quando há um dano para o cliente que tenha resultado da falta de um destes elementos essenciais, essa situação configura o que se denomina um erro profissional".

conhecimentos e sem condições de suportar o ônus de uma responsabilidade baseada no risco evidencia a culpa como elemento inafastável para o surgimento de seu dever de indenizar.[65] Essa culpa, por sua vez, será averiguada de formas distintas, conforme se trate de falha no dever de segurança (má prática profissional), ou de descumprimento do dever de informação (inadequada construção da relação médico-paciente).[66] Os capítulos que se seguem buscarão abordar, separadamente, estes aspectos.

[65] V. capítulos 2 e 3, *infra*.
[66] V. capítulo 4, *infra*.

2 OS MECANISMOS TÉCNICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

This is the way that physicians mend or end us
Secundum artem*: but although we sneer*
In health – when ill, we call them to attend us,
Without the least propensity to jeer

– LORD BYRON
(*Don Juan*, Canto X)

Qualquer estudo sobre a responsabilidade civil do médico deve perpassar, necessariamente, algumas categorias que, bastante tradicionais, ainda dominam o cenário doutrinário e jurisprudencial sobre o tema – muito embora seu significado original se encontre, no mais das vezes, degenerado, na medida em que se intensificava a necessidade de tutelar o paciente com prioridade em face do médico. Conquanto boa parte das distinções feitas a seguir venha perdendo força diante do predomínio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil do médico, seu estudo mostra-se relevante, já que elas continuam a ser referidas pela jurisprudência, muitas vezes de modo atécnico e, até mesmo, intercambiável. A análise de tais categorias, atenta ao uso (mais ou menos adequado) que se tem feito delas no Direito contemporâneo, permitirá identificar a *ratio* que tem orientado sua aplicação – de modo geral, o privilégio às pretensões indenizatórias de pacientes em face de médicos, por meio da exoneração dos primeiros de seu ônus probatório em ações de responsabilidade civil –, para que seja possível, em seguida, compatibilizar o tratamento jurídico atual da matéria com a lógica inerente às profissões liberais, supramencionada, bem como com os princípios e valores do ordenamento.

2.1 **Responsabilidade subjetiva: o relevante papel da culpa**

No sistema atual da responsabilidade civil, como se sabe, a imputação do dever de indenizar a certo agente pode seguir dois mecanismos distintos: um baseado na culpa, e outro fundamentado no risco.[67] No primeiro caso, fala-se em responsabilidade subjetiva; no

[67] Afirma-se, contemporaneamente, a dualidade do sistema de responsabilidade civil brasileiro. A respeito, v. Caio Mário da Silva PEREIRA: "Sempre entendi que a ideia de culpa nunca poderá ser totalmente abolida da

segundo, em responsabilidade objetiva. Afirma-se, na doutrina tradicional, que a responsabilidade do médico (bem como, de forma geral, de todos os profissionais liberais) é do tipo subjetivo[68] – vale dizer, exige-se a prova da intenção de causar dano (dolo) ou da conduta negligente, imprudente ou imperita (culpa *stricto sensu*)[69] para o surgimento do dever de indenizar.[70] O Código Civil de 1916 era expresso nesse sentido, prevendo dispositivo específico sobre a atividade do médico, que determinava:

> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O dispositivo, suprimido pelo codificador de 2002,[71] era usualmente empregado, por analogia, para a caracterização da responsabilidade de outros profissionais liberais.[72] No mesmo sentido, previu o Código atual dispositivo mais genérico, em seu art. 951:

---

problemática da responsabilidade civil. Contudo, ela é hoje insuficiente para abranger todo o plano da reparação. Mas não se justifica seja eliminada. Na esteira dessas considerações, o Código Civil construiu sistema dualista em que as duas teorias – subjetiva (art. 186) e objetiva (art. 927, parágrafo único) – se complementam" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 38).

[68] Na doutrina estrangeira, afirmam tratar-se de responsabilidade dependente da demonstração de culpa, dentre muitos outros autores: SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. T. II, cit., p. 379; MAZEAUD, Henri ; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, cit., p. 477; VISINTINNI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Atrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 274; DE MATTEIS, Rafaella. *La responsabilità medica*: un sottosistema della responsabilità civile. Padova: CEDAM, 1995, p. 2. Na doutrina nacional, v., dentre outros: CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 258; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 202; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 370.

[69] Em ilustrativa síntese, leciona Pier Giuseppe MONATERI: "*Si intende per negligenza la violazione delle regole sociali che descrivono la condotta di un soggetto attento e oculato. L'imprudenza è la violazione delle modalità imposte dalle regole sociali, mentre costituisce imperizia la violazione delle regole tecniche generalmente seguite. L'uomo che entrando in un negozio urta un vaso cinese è negligente, chi va in bici con le mani dietro la schiena è imprudente, la guida alpina che pianta male i chiodi è imperita*" (Colpa e legge fra Oriente e Ocidente. *Paradoxa*. Ano III. N. 3. Roma: Nova Spes, jul-set/2009, p. 28).

[70] Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: "A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 43).

[71] Conforme analisam Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES: "A norma fazia mais sentido em 1916, quando a relação, ainda próxima, entre médicos e pacientes e o hermetismo da ciência médica atenuavam a expansão das possibilidades de tratamento e com o consequente aumento no número de casos de erro médico, não há mais dúvida de que o profissional de saúde ainda responde,

> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 [que tratam da quantificação de danos à integridade física da vítima] aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

E, realmente, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa.[73] No entanto, e muito embora a doutrina amplamente majoritária continue afirmando a natureza subjetiva dessa responsabilidade, assiste-se atualmente à sua progressiva aproximação da responsabilidade objetiva,[74] com um evidente desprestígio do papel da culpa como requisito para o dever de indenizar do médico. Trata-se de tendência vinculada, via de regra, a uma concepção que associa a prescindibilidade da prova da culpa a uma proteção mais eficaz do paciente[75] – mas que não pode, de todo modo, ignorar expressa disposição legal (tanto do art. 951 do Código Civil quanto do §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se verá adiante) a determinar o caráter subjetivo do dever de indenizar do médico.[76]

---

como qualquer outro, por negligência, imprudência ou imperícia no exercício do seu trabalho" (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 878).

[72] Por todos, v. J. M. de CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 248.

[73] Afirma Miguel KFOURI NETO: "A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber. [...] é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que estar-se-ia fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir automóvel por uma rua" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., pp. 39-40).

[74] Assim, alguns autores já admitem expressamente a responsabilização objetiva do médico em hipóteses nas quais sua conduta crie riscos específicos para o paciente. Por todos, v. Marcelo BENACCHIO: "para as hipóteses em que o médico se utilizar de mera técnica, como exames físicos, diagnóstico e procedimentos cirúrgicos básicos, temos que o sistema de responsabilidade aplicável é de responsabilidade subjetiva, fundado na culpa profissional do médico. De outra parte, nos casos em que houver a utilização de alta tecnologia, como exames complexos, utilização de tecnologia em desenvolvimento, procedimentos e cirurgias que envolvam equipamentos de elevada carga tecnológica, por presente o risco criado pela responsabilidade do médico, a responsabilidade será objetiva, fundada no risco" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 347).

[75] Exemplificativamente, ao sustentar a importância da inversão do ônus da prova da culpa contra o médico e em favor do paciente, afirma Marcella OLIBONI: "afigura-se inegável que o consumidor é completamente vulnerável perante o profissional da área médica, visto que além de se encontrar fragilizado por seu estado de saúde, desconhece completamente os termos médicos e a técnica utilizada por esses profissionais" (Responsabilidade civil do médico no CDC. Aspectos relevantes, cit., p. 357).

[76] "A responsabilidade do profissional de saúde é subjetiva, nos termos do art. 951 do CC e do art. 14, §4º, do CDC. Pode ocorrer que do erro médico derive responsabilidade objetiva das clínicas e hospitais públicos (CF, art. 37, §6º) e particulares (CDC, art. 14), mas a responsabilidade do profissional liberal será sempre fundada na

Com efeito, a responsabilidade objetiva por atos próprios tem por fundamento o exercício de atividade que crie, por si só, especial risco ou probabilidade de dano[77] – atividade que se revela, porém, via de regra, lícita[78] –, ao passo que não se justificaria a imposição do dever de reparar a um médico que não tenha contribuído dolosamente para a produção do dano, nem tenha faltado com a diligência, perícia e prudência que legitimamente poderiam ser esperadas em sua atuação – em outras palavras, a um médico que não tenha praticado um ilícito (no âmbito cível e, não raro, também na esfera disciplinar e mesmo criminal).[79] A razão é simples, eminentemente prática, e sempre foi conhecida pela doutrina da responsabilidade civil: não se pode inibir a iniciativa médica por meio de um sistema que sobrecarrega o profissional da saúde com o ônus da indenizabilidade de todas as suas falhas: há que se lhe conferir liberdade para, dentro das cautelas prescritas pela própria medicina, agir – e tal liberdade é defendida em benefício do próprio paciente, que pode obter do médico, desse modo, o melhor de sua capacidade profissional.[80]

O reconhecimento de que a responsabilidade civil do médico deve permanecer fundada no paradigma da culpa não tem impedido, porém, o surgimento de inúmeras construções doutrinárias e jurisprudenciais com evidente finalidade de diminuir o papel da prova da culpa nas ações indenizatórias, presumindo-a em favor do paciente. Nesse sentido se posta, por exemplo, a teoria da *res ipsa loquitur*, segundo a qual se poderia presumir a culpa, mediante a verificação de certos requisitos, diante de fatos em que a "coisa fala por si mesma", tais como: instrumentos deixados no interior do corpo do paciente durante cirurgia,

---

culpa" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II, cit., p. 879).

[77] Sobre o conceito de *risco* e sua importância como fundamento da responsabilidade objetiva, v. item 3.2, *infra.*

[78] Conforme registra Caio Mário da SILVA PEREIRA: "Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 356).

[79] Aduz Miguel KFOURI NETO: "[...] a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 213). Remata Sergio CAVALIERI FILHO: "trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratados por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série" (*Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 261-262).

[80] Assim já afirmava a doutrina tradicional da responsabilidade civil, como registrado por René SAVATIER: "*Dans la technique même de l'art medical, les tribunaux n'admettent la responsabilité du médecin qu'avec grande reserve, voulue, tant par leur inexpérience de cette technique, que par la nécessité de ne pas paralyser l'initiative médicale*" (*Traité de la responsabilité civile en droit français.* Tome II, cit., p. 379).

remoções equivocada de órgãos ou partes do corpo saudáveis, queimaduras decorrentes da realização de exames, etc.[81] Em tais hipóteses, admitir-se-ia a presunção da culpa médica,[82] já que estaria invertido o ônus probatório em favor do paciente.

Semelhante teoria, sem embargo das eminentes vozes que a sustentam, parece equiparar questão exclusivamente probatória (portanto, processual) à verificação, de ordem material, dos requisitos da responsabilidade civil. Com efeito, em todos os exemplos usualmente aludidos como ilustrativos da teoria da *res ipsa loquitur*, não há, de fato, uma presunção de culpa. Em vez disso, tais casos apresentam uma peculiaridade: neles, a prova do fato implica, por sua própria natureza, a prova do dano e a prova da culpa, de tal modo que não se trata de suposta inversão do ônus probatório sobre a culpa decorrente de presunção legal, mas sim de uma prova polivalente, capaz de demonstrar, sozinha, mais de um requisito da responsabilidade civil, por força das próprias regras de experiência.[83] Ilustrativamente, se na hipótese em que certo medicamento surte reação inesperada no organismo do paciente é preciso que este demonstre, de um lado, o dano sofrido com o efeito indesejado do medicamento e, de outro, por exemplo, a negligência do médico ao prescrevê-lo sem tomar as precauções necessárias que poderiam evitar esse dano, no caso de um bisturi esquecido no

[81] Os exemplos são aludidos por Heloisa Helena BARBOZA, que ainda registra: "Há fatos que, por si só, geram a presunção de culpa do médico. A formulação teórica decorre do 'direito de evidência circunstancial' e, em tais casos, o dano deve: a) ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houve negligência ou outra forma de culpa; b) ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção e controle; c) ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte" (Responsabilidade civil médica no Brasil, cit., p. 63).

[82] Define Miguel KFOURI NETO: "Nos Estados Unidos, ainda em tema de prova, aplica-se, em alguns Estados, a teoria da *res ipsa loquitur*, ou de que a coisa fala por si. Ante a simples ocorrência de um fato – morte do doente, paralisia de um membro, amputação, etc. – surge a presunção de negligência, contra o médico e a favor do paciente. Extrai-se a ilação de que o fato não teria ocorrido se não tivesse havido culpa do médico" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 71).

[83] Tecnicamente, o direito processual não considera que as presunções comuns (também ditas presunções "do homem", por oposição às presunções legais, previstas em lei) provoquem a inversão do ônus da prova. Fala-se, em vez disso – porém com consequências práticas similares – em *prova indireta mediante presunção*. Veja-se a lição de Humberto THEODORO JÚNIOR: "As presunções correspondem mais a um tipo de raciocínio do que propriamente a um meio de prova. Com elas pode-se chegar a uma noção acerca de determinado fato sem que este esteja circunstancialmente demonstrado. Usa-se na operação a denominada prova indireta (circunstancial ou indiciária). [...] As presunções às vezes são adotadas por regra legal (presunções legais); outras vezes, são estabelecidas na experiência da vida, segundo o que comumente acontece (presunções comuns ou simples), e por isso se dizem presunções do homem. Estas, as presunções comuns, é que realmente se inserem na instrução probatória por obra das partes e do juiz, quando não se consegue prova do fato litigioso" (*Curso de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 435). A caracterização, portanto, da *res ipsa loquitur* diz respeito apenas ao ônus da prova do autor, que se vê facilitado; não cria, porém, para o médico, réu na ação indenizatória, um ônus específico de realizar a contraprova do fato alegado pelo autor, nem de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado. Como, porém, a facilitação da prova autoral, por força da própria natureza dos fatos, gera certo desequilíbrio na tradicional distribuição do ônus probatório, o direito civil consagrou o uso da expressão "inversão do ônus probatório", como se de presunção legal se tratasse.

abdome do paciente durante uma cirurgia a prova do instrumento no interior do corpo da vítima já evidenciaria, de uma só vez, o dano sofrido e a negligência do médico.

Semelhante peculiaridade probatória não é desconhecida pela doutrina civilista. Assim, por exemplo, afirma-se com frequência que os danos morais seriam sempre *in re ipsa*, vale dizer, a prova do fato ou da conduta já conduziria, de *per se*, à demonstração do dano sofrido.[84] Como se percebe, não ocorre, em verdade, uma dispensa da prova do dano moral; simplesmente, o ônus de provar o dano coincide com o ônus de provar o fato alegado, embora a vítima continue adstrita a ambos. No caso do bisturi esquecido no interior do corpo do paciente ocorre sobreposição ainda mais peculiar: a prova do fato, além de coincidir com a prova do dano, parece coincidir igualmente com a prova da culpa. Trata-se, portanto, de simples circunstância probatória, e não de dispensa de um requisito da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a teoria da *res ipsa loquitur* pouco contribui para o desenvolvimento da responsabilidade civil do médico: além de se aplicar apenas a casos em que a culpa médica mostra-se quase autoevidente, e de constituir impropriedade técnica à luz do direito processual, essa suposta "presunção de culpa" abre margem às já aludidas correntes que advogam pela objetivação da responsabilidade do médico.[85] De fato, como é notório, os casos de verdadeira presunção de culpa reconhecidos ao longo dos quase 90 anos de vigência do Código Civil de 1916 evoluíram, na codificação atual, para a sistemática da responsabilidade objetiva.[86] Nessa esteira, não seria descabido concluir que a teoria da *res ipsa loquitur*, em

---

[84] Explica Sergio CAVALIERI FILHO: "o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum" (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 86). Maria Celina BODIN DE MORAES alerta para a insuficiência do critério: "o entendimento atual pacificou-se no sentido de ser o dano moral *in re ipsa*, independendo de comprovação do prejuízo sofrido. Porém, a tal parcela poderá ser acrescida uma outra, que dirá respeito às condições pessoais daquela vítima, como meio de se alcançar a reparação integral" (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 333).

[85] Com base na doutrina francesa, Caio Mário da Silva PEREIRA chega a afirmar tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva (*Responsabilidade civil*, cit., p. 104.

[86] Leciona Caio Mário da SILVA PEREIRA: "um dos aspectos que se identifica[m] como representativos da marcha no sentido da doutrina objetiva, é a teoria da 'culpa presumida'. Tratava-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considerava não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparassem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorassem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 349). Complementa o autor: "A presunção de culpa podia variar de intensidade. Ou assumi as características de uma *praesumptio iuris et de iure*, quando a lei a estabelecia em termos peremptórios, fazendo crer que abraçava sem rebuços a doutrina objetiva, o que ocorria em alguns casos já examinados de responsabilidade pelo fato das coisas; ora permanecia no campo da presunção *iuris tantum*, partindo da indicação de um responsável cuja culpa era presumida, porém admitindo que podia ele trazer elementos de prova convincentes de sua ausência de culpa. [...] Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorria uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presumia-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de

geral associada (ainda que atecnicamente) à presunção de culpa, tende a se aproximar, na prática, da responsabilidade objetiva naquelas hipóteses em que se considera que a "coisa fala por si".

Ao lado dessa teoria, outras construções têm buscado aproximar a responsabilidade médica da responsabilidade objetiva. Este efeito foi obtido, ao longo do tempo, seja pela afirmação da natureza contratual da responsabilidade médica, seja pela qualificação de certas obrigações do médico como obrigações de resultado, seja, ainda, pela mais contemporânea extensão da possibilidade de inversão do ônus da prova (prevista pelo Código de Defesa do Consumidor) à relação médico-paciente.[87] Em todos estes casos, que serão analisados nos itens seguintes, percebe-se uma crescente mudança de mentalidade jurídica: o Direito, que antes valorizava a iniciativa médica, passa a desconfiar dela.

Nesse diapasão, chega-se a verdadeiro paradoxo no momento atual: embora a prática jurisprudencial e a mais autorizada doutrina afirmem veementemente a natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico, para que o paciente precise provar a culpa do profissional de saúde no curso de uma ação indenizatória é necessário que se configure, a um só tempo, uma hipótese de responsabilidade aquiliana, que não se enquadre no conceito de relação de consumo, na qual o médico não tenha assumido obrigação de resultado e na qual o dano não corresponda à teoria da *res ipsa loquitur*. Tarefa árdua, nos dias de hoje, encontrar um exemplo de culpa médica não presumida.

2.2 **Responsabilidade contratual e extracontratual**

Esclarecido o caráter subjetivo da responsabilidade civil do médico, ulteriores qualificações permitem definir aspectos mais específicos quanto à identificação da culpa requerida para o surgimento do dever de reparar. Questão de difícil definição se refere à natureza (contratual ou extracontratual) da responsabilidade civil do médico. A doutrina

---

afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional" (Ibid, pp. 351-352).

[87] Para uma releitura da distribuição do ônus probatório na contemporaneidade, a partir da teoria argentina da carga dinâmica da prova, v. comentários feitos no item 4.3, *infra*.

majoritária opta pela primeira alternativa, afastando, em regra, a responsabilidade aquiliana.[88] Com efeito, aduz-se que o ofício do médico corresponderia a uma prestação de serviços *sui generis*, consistente em intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico.[89]

A natureza da responsabilidade, porém, pode ser extracontratual, sendo certo que apenas as circunstâncias do caso concreto permitirão caracterizá-la.[90] Nesse sentido, não se afasta a possibilidade de responsabilidade aquiliana em hipóteses como as de omissão de socorro, atestados falsos, quebra de sigilo profissional, dentre outras.[91] Sem embargo da distinção, René Savatier já identificava que o fato de ser aquiliana a culpa não impedia sua apreciação à luz das regras da responsabilidade contratual, já que o médico estaria adstrito à mesma ordem de deveres em face de seus clientes, independentemente da existência de um contrato. Nesse sentido, a natureza extracontratual seria relevante apenas quanto a normas de ordem procedimental, tais como prazos prescricionais e regras de competência.[92]

A importância na determinação da natureza da responsabilidade sempre residiu, antes de tudo, na regra segundo a qual se presume a culpa na responsabilidade contratual, a inverter

---

[88] No direito francês, afirma René SAVATIER: "*Entre le médecin et le malade, intervient un contrat. Du contenu de ce contrat, dépend la responsabilité de l'un envers l'autre; il s'agit donc d'une responsabilité contractuelle. Après avoir paru longtemps décider le contraire, la Cour de Cassation a reconnu ce principe*" (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, cit., pp. 375-376). No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 203; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 277; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 84.

[89] Afirma-o Gustavo TEPEDINO. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 85. No mesmo sentido: BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil, cit., p. 54.

[90] Pondera Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente; será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público [...]" (Responsabilidade civil do médico. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina*: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 33).

[91] Os exemplos são aludidos por Gustavo TEPEDINO. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 86. Lembra René SAVATIER que também nos casos em que se configurar a responsabilidade criminal do médico no exercício de sua profissão (via de regra, por homicídio ou lesão corporal), cabe, via de regra, a cumulação com pretensão indenizatória da vítima no âmbito cível (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, cit., pp. 377-378).

[92] No original, afirma o autor: "*Mais nous croyons que le caractère délictuel de la faute ne l'empêche pas de s'apprécier comme la faute contractuelle. A défaut de contrat, en effet, les usages de la profession obligent toujours le médecin aux mêmes devoirs normaux envers ses clients. Au contraire, les règles de la responsabilité délictuelle peuvent s'appliquer en matière de compétence ou de prescription*" (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, cit., p. 378).

o ônus probatório em favor do lesado.[93] Com efeito, no âmbito contratual, afirma-se tradicionalmente que o simples fato do inadimplemento já permite presumir que o devedor da obrigação descumprida agiu culposamente, a justificar sua responsabilização por perdas e danos se caracterizado o inadimplemento absoluto.[94] Além deste importante efeito, a responsabilidade contratual atrai todo um regime específico para a relação jurídica. Assim, por exemplo, existe controvérsia quanto ao prazo prescricional para a reparação civil derivada de ilícito contratual ser o mesmo prazo de 3 anos previsto pelo art. 206, §3º, V do Código Civil para a responsabilidade aquiliana.[95] Da mesma forma, o foro competente para a ação indenizatória será o do local do dano (e não o do domicílio do devedor) na hipótese de responsabilidade extracontratual.[96]

Tais questões tornaram-se de somenos relevância na atualidade, por força da incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a maior parte das ações de responsabilidade civil do médico, a atrair regime jurídico próprio que prevê regras específicas sobre todas essas questões.[97] Além disso, cumpre ressaltar que a incidência de princípios fundamentais orientadores da relação médico-paciente, com especial destaque para o princípio da boa-fé objetiva, independe da caracterização da natureza da responsabilidade profissional

---

[93] Leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: "Culpa contratual e culpa extracontratual sujeitam o contraventor a responder civilmente pelos prejuízos causados. Embora se confundam ontologicamente (repito) e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 329).

[94] Assim já se afirmava na clássica lição de PLANIOL e RIPERT: "*la faute contractuelle serait présumée; la faute délictuelle ne le serait pas*" (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 2ème. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907, p. 286). Concluíam os irmãos MAZEAUD : "la victime d'une faute contractuelle serait donc dans une situation bien meilleure que la victime d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. On dit courramment que la faute est présumée en matière contractuelle et non en matière délictuelle" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, cit., pp. 643-644). Na doutrina brasileira, v. Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., p. 329.

[95] Dispõe o Código Civil: "Art. 206. Prescreve: [...] §3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil". A respeito, não há unanimidade na doutrina quanto à aplicabilidade do prazo também à pretensão de reparação por inadimplemento contratual. Na V Jornada de Direito Civil do Centro da Justiça Federal, em 2011, aprovou-se o seguinte enunciado: "Enunciado 419 – Art. 206, § 3º, V: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual". No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 411. Afirma-se, porém, usualmente que o prazo do dispositivo referir-se-ia unicamente à responsabilidade civil derivada do ilícito genérico (art. 186). Nesse sentido, dentre outros, v. OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN, 2010, p. 238.

[96] Dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. [...] Art. 100. É competente o foro: [...] IV – do lugar do ato ou fato: a) para a ação de reparação do dano [...]".

[97] A respeito, cf. item 2.4, *infra*.

como contratual.[98] A insistência doutrinária nessa qualificação parece, assim, filiar-se mais à força da tradição que à sua utilidade prática nos dias atuais.

O enfraquecimento da dicotomia entre responsabilidade contratual e aquiliana, aliás, não constitui exclusividade dos casos de responsabilidade do médico. O direito civil como um todo tem assistido a um arrefecimento da distinção (muito embora o Código Civil em vigor ainda a adote expressamente).[99] As críticas à oposição entre as duas categorias partem, ao menos, de duas frentes distintas: as funções e as fontes da responsabilidade contratual. De um lado, afirma-se que a responsabilidade pelo inadimplemento contratual não corresponderia, de fato, a um mecanismo reparatório, mas sim a um simples instrumento de execução obrigacional, alternativo à execução específica (sempre que esta não fosse mais possível, ou não interessasse mais ao credor).[100] Justamente por isso, não caberia falar nem em culpa, nem em responsabilidade: as perdas e danos contratuais corresponderiam a simples pagamento genérico da obrigação contraída – que, inadimplida, nelas se resolve.

De outra parte, alega-se que um dos principais critérios distintivos entre responsabilidade contratual e aquiliana – sua fonte – estaria cada vez mais enfraquecido. Com efeito, no passado, era perfeitamente plausível afirmar que o ilícito genérico decorria de uma infração à lei, ao passo que o ilícito contratual adviria do descumprimento da convenção entre as partes;[101] hodiernamente, porém, conforme um número cada vez maior de princípios de ordem pública ingressam no âmbito da autonomia privada (criando para ambos os contratantes deveres que, embora inseridos no contrato, decorrem da lei), não seria mais possível, segundo essa perspectiva, considerar a fonte do dever de indenizar um parâmetro

---

[98] A respeito, cf. item 4.3, *infra*.

[99] A dicotomia, portanto, não se encontra superada, mas apenas mitigada. A respeito, afirma-se: "Em que pese o esforço doutrinário, já nem tão recente, no sentido de negar a referida dicotomia, sob o fundamento de que as dessemelhanças entre as duas espécies não justificariam o tratamento diferenciado, o CC regula-as em dispositivos distintos, a exemplo do que já fazia o CC1916" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado...* Vol. I, cit., p. 696).

[100] Leciona Patrice JOURDAIN: "*Les négateurs de la responsabilité contractuelle prétendent que l'obligation de réparer n'est pas distincte de l'obligation initiale, qu'il n'y a pas novation de l'obligation du fait de l'inexécution. Pour eux, les dommages-intérêts alloués au créancier ne sont en vérité qu'une exécution par équivalent, ce qui les conduit parfois à nier la notion même de réparation contractuelle*" (Réflexion sur la notion de responsabilité contractualle. *Les métamorphoses de la responsabilité.* Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 68).

[101] Segundo Caio Mário da SILVA PEREIRA, "quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e nexo causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade. Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar [...]" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 330).

distintivo.[102] Assim ocorre, por exemplo, com os deveres anexos decorrentes da boa-fé, ou com as normas de proteção ao consumidor têm fonte legal mas se inserem no regime de responsabilidade contratual. Alega-se, ainda, que a própria flexibilização do princípio da relatividade dos pactos, a permitir que terceiros se valham da responsabilidade contratual diante de prejuízos decorrentes de contratos dos quais não são partes, exemplificaria a tendência à absorção, pelo contrato, da técnica da responsabilidade aquiliana.[103]

Não se pode, contudo, afirmar que a distinção entre responsabilidade contratual e aquiliana esteja atualmente superada – sobretudo, vale repetir, diante de sua expressa adoção pelo legislador e de sua ampla aceitação doutrinária. Já se afirmou que a distinção, se pouco contribui, em nada prejudica – como a relegar a discussão ao âmbito estritamente acadêmico ou teórico, sem contudo se lhe negar a procedência.[104] A solução, para alguns autores, estaria em considerar contratual apenas a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações principais e secundárias decorrentes do pacto, admitindo-se natureza aquiliana à responsabilidade pelo descumprimento de deveres anexos impostos por lei aos contratantes.[105]

---

[102] Afirma Patrice JOURDAIN: "*ce qu'il convient de souligner, c'est que, même à propos du fait générateur de responsabilité, il existe un rapprochement très net des régimes. Les différences semblaient pourtant irréductibles puisqu'elles expriment le dualisme des sources de responsabilité, qui lui-même commande la dualité des régimes. Elles sont en train de céder. S'agissant du fait personnel du débiteur, on ne pourrait a priori nier l'incidence du contrat sur l'appréciation de l'inexécution et de la faute contractuelle. Pourtant, l'insertion dans le contrat d'obligations non spécifiquement contractuelles tend à affaiblir sensiblement cette originalité de la responsabilité contractuelle : la faute contractuelle ne diffère plus guère de la faute délictuelle lorsqu'elle consiste en la violation d'une norme générale s'imposant à tous*" (Réflexion sur la notion..., cit., p. 77).

[103] Segundo Patrice JOURDAIN, "*la jurisprudence tend à nier la relativité de la faute contractuelle, qui exprimerait pourtant le particularisme de la responsabilité contractuelle [...]. Or si une telle analyse est assez logique lorsque l'obligation violée a une portée généralem il n'en va plus de même quand on autorise un tiers à invoquer la violation d'une obligation purement contractuelle pour établir une faute délictuelle. Le principe de l'effet relatif des conventions s'en trouve alors affecté*" (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., p. 77). No direito brasileiro, explica Teresa NEGREIROS: "a flexibilização do princípio da relatividade tem levado alguns autores a admitir que, sob certas circunstâncias, a responsabilidade contratual alcance terceiros lesados pelo descumprimento de uma obrigação assumida no âmbito de um contrato de cuja formação não participaram. [...] a tese de que os efeitos do contrato devem ser estendidos a quem não é parte contratante, embora não se possa legitimar frente ao princípio da autonomia da vontade, surge, frente ao fundamento legal da força obrigatória do contrato, como uma necessidade justificável sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado" (*Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 233-234).

[104] Nas palavras de Patrice JOURDAIN: "*Car si parler de faute contractuelle n'ajuoute rien, cela ne nuit en rien. Il est sans inconvénient que la faute est une condition de la responsabilité contractuelle si l'on admet, conformément à la définition classique de la faute, que l'inexécution de l'obligation constitue une faute. Par ailleurs refuser cette notion va manifestement et tout à fait gratuitement à l'encontre de l'usage le plus répandu tant en doctrine qu'en jurisprudence: le concept de faut contractuelle est un fait, une réalité sociologique, non démentie de surcroît par l'Histoire puisque la faute a toujours eu un rôle essentiel à jouer en matière contractuelle, et bien avant le Code civil*" (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., p. 71) .

[105] Cite-se, ainda uma vez, Patrice JOURDAIN: "*Il conviendrait, me semble-t-il, de resserrer le domaine de la responsabilité contractuelle en évinçant du contrat les obligations, notamment de sécurité, qui l'encombrent. Seuls devraient relever de ce domaine les dommages qui résultent d'obligation réellement contractuelles. Ainsi,*

Contudo, no caso dos profissionais liberais e, especificamente, do médico, a discussão sobre a responsabilidade contratual ou aquiliana surte pouco ou nenhum efeito prático, já que aplicação do Código de Defesa do Consumidor (a qual, ainda que criticável, encontra-se consolidada em nossa jurisprudência para os casos de responsabilidade médica) funciona por mecanismos totalmente independentes dessa dicotomia, como se verá mais adiante.

2.3 **Obrigações de meios e de resultado**

Se a afirmação da natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico suscita o problema de se definir a quem caberá a prova da culpa, e se a qualificação dessa responsabilidade como (via de regra) contratual desloca o ônus probatório para as mãos do profissional causador do dano, uma terceira classificação, tradicionalmente reproduzida pela doutrina, promove uma última realocação do ônus da prova na relação médico-paciente. Com efeito, a quase totalidade das obras dedicadas à responsabilidade civil do médico estruturou-se em torno da clássica distinção, forjada no direito francês, entre obrigações de meios e de resultado.[106] Atribui-se a Demogue a distinção, que aparta, de um lado, as prestações dotadas de um elemento subjetivo (um dever de ação ou abstenção) acompanhado de um elemento objetivo (a obtenção de um resultado) e, de outro lado, aquelas que apresentam apenas o primeiro.[107] Existindo também o dever de obter certo resultado, fala-se em *obrigação de resultado*; havendo somente o dever de agir ou abster-se, independentemente da obtenção do resultado, alude-se a *obrigação de meios*.

---

allégé et purifié, le contrat gagnerait en cohérence et la spécificité de la responsabilité contractuelle en sortirait restaurée" (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., pp. 75-76).

[106] No que tange à jurisprudência francesa, afirma André TUNC que "a distinção, admitida pela primeira vez pela Corte de Cassação, na famosa decisão de 20.05.1936 relativa à responsabilidade médica, parece atualmente ter tomado assento definitivo na jurisprudência de nossa Corte Suprema" (A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*. Vol. 778. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2000, p. 755).

[107] Em célebre estudo das obrigações no direito francês, leciona Fábio Konder COMPARATO sobre as obrigações de meios e de resultado: "*Lorsque Demogue a conçu cette dernière distinction déjà célèbre, elle s'appuyait certainement sur cette analyse de la prestation qui amène à distinguer d'une part les prestations comprenant un élément objectif – le 'résultat' –, en sus de la simple action ou abstention du débiteur, et d'autre part celles qui ne présentent que ce dernier élément subjectif*" (*Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé.* Paris: Daloz, 1964, p. 36).

Diversos critérios já foram utilizados para a identificação da obrigação de meios, figurando a vontade das partes e a álea da atividade como os mais relevantes.[108] A doutrina mais atual tem reconhecido, porém, que se faz preciso "atentar prioritariamente para as finalidades contratuais e para as expectativas das partes que exsurgem do regulamento contratual". De fato, pode acontecer, por exemplo, que certa avença contratual tenha por objeto "assegurar a uma das partes a realização de um resultado aleatório, suscitando, desse modo, a legítima expectativa de que a outra parte se comprometera a realizá-lo, e não apenas a tentar realizá-lo".[109] Semelhante obrigação, embora envolva determinada aleatoriedade, não poderia ser classificada como simples obrigação de meios, e, por outro lado, diferiria da noção tradicional de uma obrigação de resultado.

Nessa toada, o problema das obrigações de meios e de resultado pode ser assim sintetizado: embora sempre se exija do devedor o dever de diligência, em alguns casos este se revela o único elemento verdadeiramente exigível da obrigação – em uma palavra, seu objeto –, conforme se atribua maior ou menor grau juridicidade ao dever de obter determinado resultado prático.[110] Não por acaso, parte da doutrina prefere atribuir às obrigações de meios a alcunha *obrigações de diligência.*[111] Diretamente vinculada ao agir diligente, a classificação se mostra, no ordenamento pátrio e alhures, extremamente útil ao regime de responsabilidade dos profissionais liberais em geral e, especificamente, do médico.[112]

---

[108] "Inicialmente, sustentou-se que o critério de classificação era a vontade expressa ou provável das partes, mas essa metodologia demasiadamente voluntarista logo se mostrou insuficiente. Defendeu-se em seguida, com grande entusiasmo, que o critério se identificaria com a álea, de sorte que a obrigação é de meios quando o êxito do devedor no desempenho da atividade prometida depender de muitos fatores aleatórios. No entanto, esse método também se revelou insatisfatório, na medida em que a obrigação pode ser de resultado, a despeito de a realização do resultado prometido se sujeitar a fatores externos incontroláveis pelo devedor" (RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 132).

[109] RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 132.

[110] Veja-se, ainda uma vez, a lição de Fábio Konder COMPARATO: "*C'est ainsi que l'on peut dire aujourd'hui, notamment après les recherches de M. Tunc, que le critère de la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens ou de simple diligence se trouve dans le caractère aléatoire ou certain du résultat voulu par le créancier. L'obligation a pour objet ce résultat voulu, lorsqu'on peut présumer que la diligence du débiteur l'obtiendra ; dans l'hypothèse contraire, elle a pour objet la diligence du débiteur elle-même*" (*Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, cit., p. 37). No mesmo sentido: André TUNC. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 757.

[111] TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 755.

[112] Explica Pablo RENTERÍA: "O sentido da distinção entre obrigações de meios e de resultado é intuitivo. O devedor pode proteger ao credor que alcançará a seu favor determinado objetivo ou tão só que envidará seus melhores esforços nessa direção, mas sem se comprometer em realizá-lo. Clareza e simplicidade são, sem dúvida, qualidades importantes dessa classificação, que permanece útil tanto no direito francês, quanto no brasileiro, a despeito das duras críticas que sofreu, as quais se intensificaram nas últimas décadas" (*Obrigações de meios e de resultado*: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1).

Não se trata, porém, de construção insuscetível de críticas. Ao contrário, a distinção entre obrigações de meios e de resultado – já reputada a *summa divisio* do direito obrigacional[113] – recebeu, ao longo de sua evolução doutrinária, duros golpes por parte de diversos autores, que chegam mesmo a advogar por seu total desaparecimento, considerando-a "artificial e arbitrária".[114] Com efeito, tem-se afirmado que a classificação restaria totalmente ociosa: por um lado, porque toda obrigação envolve o dever de diligência, não cabendo, nesse sentido, associá-lo apenas às obrigações de meios; por outro, porque mesmo na obrigação de meios o credor busca um resultado útil, consubstanciado no próprio agir do devedor empregando seus melhores esforços. Nessa perspectiva, toda obrigação seria, a um só tempo, de meios e de resultado.[115] Reafirma-se, porém, a utilidade da distinção, nem tanto para se diferenciarem ontologicamente as duas categorias, mas principalmente para se identificar, com maior facilidade, qual a prestação devida e, consequentemente, se houve ou não inadimplemento (cuja apreciação não pode restringir-se à simples não verificação do resultado).[116]

Parte da doutrina vai além, considerando que a distinção entre obrigações de meio e de resultado influenciaria não apenas a prova do dano decorrente do ilícito contratual como, ainda, a demonstração da própria culpa pelo inadimplemento. Assim, nas obrigações de resultado, bastaria ao credor provar o fato do descumprimento para que se presumisse a imputabilidade da indenização ao devedor. Às obrigações de meios, ao contrário, aplicar-se-ia

---

[113] O termo é aludido por André TUNC. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 755.

[114] A qualificação, de Jorge Mosset ITURRASPE, é citada por Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 168.

[115] Reconhece Pablo RENTERÍA: "[...] toda obrigação é de meios e de resultado. De fato, toda relação obrigacional consiste na promessa do devedor em desempenhar determinada atividade (a prestação, objeto da obrigação) como meio para produzir, com o adimplemento, o resultado útil (muitas vezes, a entrega ou a transferência de certa coisa) que satisfaz o interesse do credor (a função da obrigação). É inconcebível, portanto, obrigação cujo adimplemento não produza resultado útil em favor do credor, assim como obrigação que não tenha por objeto a conduta do devedor" (*Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 131). A crítica já era aludida pelos irmãos MAZEAUD, embora fossem eles defensores da dicotomia entre obrigações de meios e de resultado: "*Les uns affirment que toute obligation est de résultat, puisque le débiteur s'engage toujours à obtenir un résultat, quand même ce résultat serait de se comporter avec prudence et diligence. D'autres, que toute obligation est de moyens, puisque le débiteur s'engage toujours à user de moyens pour obtenir le résultat cherché. Pareille critique s'adresse plus à la terminologie dont s'est servi Demogue, qu'à la classification elle-même*" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, cit., p. 110).

[116] Confira-se, ainda uma vez, a opinião de Pablo RENTERÍA: "a distinção permanece útil para a configuração da prestação da obrigação e, por conseguinte, para a caracterização do inadimplemento, o que, como se sabe, constitui questão central na disciplina das relações contratuais. Por isso mesmo, a classificação é invocada sempre que se mostra necessário averiguar, no caso concreto, a responsabilidade contratual do devedor ou para determinar, nos contratos sinalagmáticos, se o devedor tem direito à contraprestação ajustada" (*Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 134).

estritamente a regra geral do processo civil, de modo que caberia ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (incluindo, nessa prova, a culpa do devedor da obrigação inadimplida).[117] Em síntese, o reconhecimento de que certa obrigação seria de resultado acarretaria a presunção da culpa do devedor na hipótese de descumprimento, invertendo o ônus da prova contra ele.

Como se percebe, semelhante concepção se contrapõe à doutrina dominante, segundo a qual na responsabilidade contratual a culpa do devedor seria sempre presumida diante do fato do inadimplemento.[118] Para os autores que atribuem às obrigações de resultado o efeito de inverter o ônus da prova em favor do credor, apenas nesse tipo de obrigação ter-se-ia a referida presunção de culpa, ao passo que nas obrigações de meios, embora contratual a responsabilidade, a demonstração da culpa continuaria atribuída à parte lesada pelo descumprimento.[119] A razão estaria em que, nas obrigações de meios, como o agir diligente já seria o próprio objeto da obrigação, a prova do inadimplemento equivaleria à prova da culpa, de tal modo que seria contraditório deixar a demonstração do primeiro nas mãos do credor, invertendo o ônus da prova da segunda.[120]

---

[117] Trata-se da regra geral, comentada, dentre muitos, por Humberto THEODORO JÚNIOR: "Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante absolvitur reus*" (*Curso de direito processual civil*. Vol. I, cit., p. 429).

[118] A doutrina majoritária pode ser encontrada, dentre outros, no ensinamento de Caio Mário da Silva PEREIRA: "Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 329).

[119] Nesse sentido, René SAVATIER: "*Car, dans la responsabilité contractuelle, tantôt la faute se présume, et tantôt elle ne se présume pas: suivant que le débiteur s'est engagé à obtenir un résultat déterminé, ou simplement à tenir une conduite appropriée. Dans le premier cas seulement, il est repute en faute, si le resultat promis est manqué; tandis que, s'il ne s'est engagé qu'à tenir une conduite convenable, c'est au créancier à prouver qu'il ne l'a pas tenue*" (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome I, cit., p. 144).

[120] Nas palavras de André TUNC: "para as obrigações de pura diligência, como as do médico, toda a justificativa do sistema vem abaixo, pelo fato de que o objeto da obrigação não mais é constituído por um resultado tangível, mas sim por diligência efêmera, cuja essência é imperceptível. A verificação da execução não pode ser instantânea e, por assim dizer, material, pois ela exigiria um exame atento e constante da conduta do devedor. Então, não somente o médico não pode ser presumido responsável, quando o estado do doente não apresente melhoras, como ele também não necessita justificar que dedicou os cuidados dotados das qualidades requeridas. As considerações de melhor aptidão para a prova que, para as obrigações de resultado justificariam este ônus, cessam, com efeito, de influenciar. Ao contrário, elas parecem postular que o ônus da prova seja imposto ao credor" (A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 758). Comenta Pablo RENTERÍA acerca deste entendimento: "De mais a mais, sendo cabível tão somente a presunção da imputação do descumprimento, não já do descumprimento em si, na hipótese de ser impossível a distinção entre descumprimento e imputação, como ocorre nas obrigações de meios, deve recair integralmente sobre o credor o ônus da prova do inadimplemento, sob pena de se admitir a presunção do próprio descumprimento, transbordando, à evidência, o espectro da mera imputação do descumprimento" (*Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 105).

No caso da responsabilidade do médico, isso equivaleria a dizer que, se o paciente de um cirurgião plástico tem em seu favor a inversão do ônus da prova da culpa do profissional caso o tratamento estético fracasse (já que a obrigação seria, segundo entendimento majoritário, de resultado),[121] o paciente de um clínico, por exemplo, não contaria com essa inversão, pois, se a obrigação do médico era justamente a de ser diligente (sem se comprometer a qualquer resultado final), a prova do inadimplemento seria indissociável da demonstração da culpa – cabendo as duas, por isso, à vítima.

Não se deve concluir, porém, que a doutrina das obrigações de meios e de resultado sobrecarrega o paciente ainda mais do que os autores que afirmam simplesmente a presunção da culpa em todos os casos de responsabilidade contratual. Ao contrário, ela se difundiu justamente porque favorece ainda mais a pretensão do paciente.[122] Com efeito, se a doutrina majoritária atribui a todos os casos de responsabilidade contratual uma presunção relativa de culpa do médico, a perspectiva que atribui o ônus de provar ao próprio paciente quando a obrigação é de meios (porque entende que a prova da culpa e a prova do inadimplemento são provas coincidentes e devem, portanto, caber à mesma pessoa) acaba por permitir, que o paciente demonstre, não raro, apenas o fato do dano,[123] diminuindo substancialmente seu ônus probatório, com a evidente vantagem de se tratar de tese aplicável tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual.[124]

---

[121] Para uma crítica a esta concepção, v. item 3.4.5, *infra*.

[122] Contra, muitos autores entendem tratar-se de injusta sobrecarga sobre o paciente. V., a respeito, Pablo RENTERÍA: "A posição do paciente revela-se ainda mais gravosa em razão da conhecida dificuldade que reveste, muito geralmente, a produção da prova da culpa do médico. A vítima precisa superar não apenas a complexidade técnica inerente à matéria, como também a escassez de provas disponíveis, ficando, portanto, à mercê, quase exclusivamente, do parecer do perito médico [...]" (*Obrigações de meios e de resultado*, cit., pp. 105-106).

[123] Ilustrativamente: "Apelação cível. Responsabilidade médica. Oftalmologista. Cirurgia eletiva de correção de miopia. Subsequente perda da visão. Aplicação da doutrina da culpa *in re ipsa*. Danos materiais e morais. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem, submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda da visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, *merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas*, não só não logra êxito – que não lhe era exigido – mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa *in re ipsa*, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva" (TJRJ, Ap. Civ. 598068245, 6ª C.C., Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, julg. 11.11.1998. Grifou-se).

[124] A oposição entre obrigações de meios e de resultado é aplicável tanto em sede de responsabilidade contratual quanto no campo da responsabilidade aquiliana, como na lição dos irmãos MAZEAUD: "*Quoiqu'il en soit, on voit que, dans le domaine extra-contractuel, la distinction n'est pas tant entre la responsabilité légale proprement dite, délictuelle et quasi-délictuelle, quasi-contractuelle, mais entre les cas ou il y a obligation précisée d'accomplir un fait déterminé et ceux où il y a obligation générale de prudence et de diligence, distinction qui réapparaît sur le terrain contractuel, par conséquent distinction génerale, qui, seule, permet de*

Ainda no que tange às obrigações de resultado, conforme já aludido, a presunção de culpa enseja muitas vezes, na prática, uma substituição do regime de responsabilidade subjetiva por outro, de responsabilidade objetiva. E, realmente, embora se rejeite a ideia de uma responsabilidade do médico independente de culpa, na prática jurisprudencial não é incomum observar a adoção de verdadeira responsabilidade objetiva nas hipóteses em que se considera que o médico tenha obrigação de resultado. Conquanto se trate de conceitos totalmente díspares (um relacionado à identificação do próprio dano, vale dizer, à verificação ou não de inadimplemento, e outro associado ao fundamento da imputação de responsabilidade ao agente) a obrigação de resultados tem sido aplicada como responsabilidade independente de culpa, e não apenas como fator relevante para a caracterização do ilícito contratual (ou, como sustentam alguns, para a inversão do ônus da prova).[125]

A diferença foi evidenciada em recente e exemplar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que não reproduz o equívoco:

> Direito civil. Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Superveniência de processo alérgico. Caso fortuito. Rompimento do nexo de causalidade. [...] 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, *conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica*, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.[126]

De qualquer modo, vale ressaltar, analogamente ao que ocorre com as questões da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade contratual, a discussão acerca da distribuição do ônus da prova de acordo com a qualificação da obrigação como de meios ou de resultado vem sendo cada vez mais obscurecida pela incidência (já consolidada em sede jurisprudencial,

---

résoudre les problèmes difficiles que soulève aujourd'hui la responsabilité civile, spécialement celui de la nécessité et de la preuve de la faute" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, cit., pp. 107-108).

[125] Veja-se como a obrigação de meios é, muitas vezes, associada à responsabilidade subjetiva: "[...] Não obstante os médicos e os hospitais serem caracterizados como prestadores de serviços, nos moldes do Estatuto Consumerista, a natureza de tais serviços impede que se desconsidere o fator culpa na aferição de responsabilidade, em vista das peculiaridades da relação existente entre pacientes e médicos e/ou hospitais, atividade de meio e não de resultados, nas quais se exige por parte dos prestadores unicamente a utilização dos recursos disponíveis para o tratamento do paciente [...]" (TJMG, Ap. Civ. 1.0672.02.096777-0/001, 16ª C.C., Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, julg. 1.8.2007).

[126] STJ, REsp. 985.888/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 16.2.2012.

ainda que de modo criticável) das normas do Código de Defesa do Consumidor, que apresenta sistemática própria de alocação do ônus probatório.

2.4 **Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova**

O panorama teórico delineado até este ponto teve por escopo demonstrar que todas as principais construções dogmáticas relacionadas à responsabilidade civil do médico têm em comum o fato de girarem em torno da alocação do ônus de provar a culpa profissional (sendo a tendência geral a de atribuição desse ônus, pelos mais diversos fundamentos, ao próprio médico – a quem caberá demonstrar que não faltou com a diligência devida se desejar se eximir do dever de reparar). A doutrina das obrigações de meios e de resultado adquiriu significativa relevância prática, antes de tudo, porque alguns autores fazem equiparar a prova do inadimplemento à prova da culpa nas obrigações de meios, e presumem o agir culposo nas obrigações de resultado descumpridas.[127] Por outro lado, um dos principais efeitos atribuídos tradicionalmente à caracterização da responsabilidade contratual reside, igualmente, na facilitação da instrução processual pela presunção da culpa.[128] Não obstante sua riqueza teórica, o debate sobre todos esses aspectos da responsabilidade do médico tem sido substituído, na ordem jurídica pátria, tão somente pela aplicação das regras específicas do Código de Defesa do Consumidor aos danos decorrentes do exercício da medicina.

A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias,[129] muito embora a única

---

[127] No caso das obrigações de resultado, chega-se mesmo a se aproximar a categoria da responsabilidade objetiva, como nesta passagem de Patrice JOURDAIN: "*On concédera même que, lorque l'obligation est de résultat, l'idée de faute exprime assez mal la réalité de l'inexécution. Puisque le débiteur n'a qu'à prouver l'absence de résultat promis, dire qu'il est en faute n'a pas grand sens et certains parlent d'ailleurs de responsabilité contractuelle objective*" (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., p. 70).

[128] Afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: "Em face da dificuldade já proclamada que muitas vezes encontra a vítima para demonstrar a antijuridicidade da conduta do agente, encontrou foros de cidade entre os autores a transmudação da responsabilidade aquiliana em contratual. Imaginou-se, então, que em determinadas circunstâncias dá-se ênfase a uma situação em que ocorre um dano, que se enquadraria na culpa aquiliana, mas que se desfigura como tal e se apresenta como oriunda de um contrato, o que a faz incidir no conceito de culpa contratual. Substitui-se a responsabilidade aquiliana pela contratual e, desta sorte, consegue-se dilargar a responsabilidade civil" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 352).

[129] Em sede doutrinária, v., dentre outros: MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2007; DANTAS,

referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine justamente a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades:

> Art. 14. [...] § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

O aparente paradoxo se dissipa a partir da divisão, promovida pela jurisprudência contemporânea, do regime da responsabilidade civil do médico em dois momentos: um material e outro procedimental. Com efeito, o §4º do art. 14 remete o intérprete à sistemática da responsabilidade subjetiva do Código Civil, a exigir, portanto, a verificação da culpa (frise-se, não apenas do vício ou defeito do serviço, como na responsabilidade das relações de consumo).[130] Tem-se reconhecido, porém, que o Código de Defesa do Consumidor regula a relação médico-paciente para todas as outras questões, eminentemente procedimentais, decorrentes dessa responsabilidade.[131] Desse modo, por exemplo, pode o juiz inverter o ônus

---

Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico*: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 206 e ss. Na jurisprudência, v., ilustrativamente: "Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do §4º do artigo 14 [...]" (STJ, REsp. 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005); e, ainda,dentre muitos outros: STJ, EDcl no REsp. 704.272/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 2.8.2012; STJ, AgRg no Ag 1.229.919/PR, 4ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 15.4.2010; STJ, REsp. 696.284/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 3.12.2009; TJRJ, Ag.Instr. 494213720128190000, 14ª C.C., Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 31.8.2012; TJRJ, Agr. Int. na Ap. Cív. 110420-60.2006.8.19.0001, 10ª C.C., Rel. Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, julg. 29.2.2012; TJRJ, Ap. Civ. 10905620058190004, 2ª C.C., Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, julg. 23.11.2011; TJSP, Ap. Cív. 248966-60.2007.8.26.0100, 8ª CDPriv., Rel. Des. Salles Rossi, julg. 24.10.2012; TJSP, Ap. Cív. 105887-83.2008.8.26.0004, 7ª CDPriv., Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, julg. 20.10.2012; TJRS, Ap. Cív. 70003785987, 6ª C.C., Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julg. 17.4.2012.

[130] Registra Bruno MIRAGEM: "A responsabilidade civil de consumo, como já se afirmou, segue a tendência de uma socialização de riscos, cuja consequência básica é a imputação de responsabilidade objetiva, ou seja, na qual a conduta identificada como passível de ser imputada como responsável não há de ser caracterizada necessariamente como negligente, imprudente ou mesmo dolosa. Bastará, nesse sentido, a demonstração da realização da conduta própria de ter colocado o produto no mercado ou de algum modo ter participado da cadeia de fornecimento do produto [...]. Também é impositivo, para a imputação de responsabilidade, que haja a exata identificação do nexo de causalidade entre o dano causado ao consumidor e aquela dada conduta do fornecedor de oferecimento do produto ou serviço no mercado. [...] Este elo só vai se produzir com a existência de um defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até a sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente dele se espera. [...] Assim, aos requisitos tradicionais da responsabilidade civil – conduta, nexo de causalidade e dano – agrega-se à responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço o defeito" (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 435).

[131] Este o entendimento expresso, por exemplo, na seguinte decisão do STJ: "Recurso especial. Erro médico. Cirurgião plástico. Profissional liberal. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Prescrição

probatório em favor do paciente-consumidor, nos termos do art. 6º, VIII do CDC,[132] bem como lançar mão de outros instrumentos previstos pelo diploma consumerista, tais como a aplicação do prazo do art. 27 do CDC à pretensão pela reparação dos danos[133] e a competência do foro do domicílio do paciente (autor da ação indenizatória) do art. 101, I do CDC.[134]

Alguns autores propõem, igualmente, a extensão de regras materiais do Código de Defesa do Consumidor ao caso do médico. Nesse sentido, já se afirmou que os profissionais

---

consumerista. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do §4º do artigo 14. II - *O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista*, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp. 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005. Grifou-se).

[132] *Verbis*: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Nesse sentido: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Parto. Hipóxia neonatal. Sequelas para a recém-nascida e posterior falecimento. Responsabilidade objetiva da instituição. Dano moral. Indenização devida. Aplicável, *in casu*, o princípio da carga dinâmica da prova, além de possível, também, a inversão do ônus da prova, cujas hipóteses não se resumem à questão da hipossuficiência econômica, podendo ser deferida a inversão, também, com fundamento na inferioridade técnica ou na verossimilhança das alegações do consumidor, ex vi do art. 6º, VIII, do CDC, situações essas, todas, presentes no caso em comento, possibilitando a aplicação da regra, inclusive, *ex officio*. Precedentes do STJ. Não havendo demonstração pelo nosocômio acerca das excludentes de culpabilidade, atinentes à inexistência do defeito ou à culpa exclusiva da paciente (art. 14, § 3º, do CDC), patente sua responsabilidade, que no caso é objetiva. Situação em que está demonstrada, no mínimo, a concausa e o nexo respectivo com a atividade do réu [...]" (TJRS, Ap. Civ. 70008722951, 9ª C.C., Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julg. 21.6.2006).

[133] *Verbis: "*Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria". Reconhecendo a aplicação desse prazo à responsabilidade médica, v., ilustrativamente: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de indenização. Erro médico. Prazo prescricional. Art. 27 DO CDC. 1. Encontra-se pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que o prazo prescricional, na relação médica profissional-cliente, na condição de consumidor, é o ajustado no art. 27 do CDC. Precedentes" (STJ, AgRg no Ag 1278549/RS, 4ª T., Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julg. 28.6.2011). No mesmo sentido: STJ, EDcl no REsp. 704.272/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 2.8.2012; STJ, AgRg no Ag 1.213.352/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 23.11.2010; STJ, REsp. 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005. Quanto ao início da contagem do prazo, considera-se a data do conhecimento do dano pelo paciente como termo *a quo*: "Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo. 2. O termo *a quo* do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome" (STJ, REsp. 1020801/SP, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 26.4.2011).

[134] *Verbis*: "Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor [...]". A aplicação deste dispositivo à responsabilidade civil médica já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça: "Código de Defesa do Consumidor. Competência. Responsabilidade do fornecedor de serviços. Médico. A ação de responsabilidade por dano decorrente da prestação de serviço médico pode ser proposta no foro de domicilio do autor (artigo 101, I do CODECON), ainda que a responsabilidade do profissional liberal dependa da prova de sua culpa (art. 14, parágrafo 4. do CODECON)" (STJ, REsp. 80.276, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 12.2.1996).

liberais "submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc."[135] (principiologia, sem dúvida, indissociável da relação médico-paciente, mas que poderia, por outro lado, ser facilmente justificada sem o recurso ao diploma consumerista, como decorrência do princípio constitucional da solidariedade e da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil). Defende-se, ainda, a aplicação ao médico do dispositivo que obriga o fornecedor a entregar orçamento prévio ao consumidor (art. 40 do CDC),[136] bem como a incidência das regras atinentes à publicidade enganosa e à publicidade abusiva (arts. 36-38 do CDC), inclusive a tipificação das mesmas como infrações penais (arts. 67-68 do CDC), e a possibilidade de suscitarem sanções administrativas, tais como a contrapropaganda (art. 56 do CDC).[137] Em sede jurisprudencial, já se reconheceu também a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar por crime contra consumo o médico que oferece produtos impróprios ao consumo em seu consultório (art. 7º, IX da L. 8.137/1990 c/c art. 18, §6º, II e III do CDC).[138]

Semelhante extensão do diploma consumerista à relação médico-paciente tem sombreado as principais questões atinentes à tradicional distinção entre obrigações de meios e de resultado e entre responsabilidade contratual e aquiliana. As regras, por assim dizer, procedimentais do Código de Defesa do Consumidor substituíram tais considerações pela possibilidade de inversão, *tout court*, do ônus da prova, em favor do consumidor, pelo juiz. Assim, a pretensão indenizatória daquele que sofreu dano causado por certo profissional

---

[135] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, cit., p. 261.

[136] Nesse sentido: DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina, cit., p. 230. Disposição de teor muito semelhante pode ser encontrada no Código de Ética Médica, que veda ao médico: "Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos".

[137] Em favor da aplicação do CDC, cf. Eduardo Vasconcelos dos Santos DANTAS: "Na hipótese em questão, ainda que a matéria tenha regulamentação específica no Código de Ética Médica [...], o Código de Defesa do Consumidor – ao reconhecer a vulnerabilidade do paciente com relação à falta de conhecimentos específicos, especializados, que lhe permitam maior mobilidade para a tomada de decisões com relação aos destinos da relação de consumo a que está submetido – dota o paciente/consumidor de elementos jurídicos que lhe garantem uma maior segurança, tanto na condução da própria relação em si, como também lhe dando parâmetros e meios eficazes para a busca de eventual reparação, caso entenda (e comprove) ter sido lesado em sua boa-fé, em suas esperanças, ou mesmo em sua ignorância" (Aplicação do Código do Direito do Consumidor ao exercício da medicina, cit., pp. 226-227). De fato, o Capítulo XIII do Código de Ética Médica trata exatamente da questão da publicidade médica, vedando, dentre outros: a divulgação de conteúdo médico de forma sensacionalista, promocional ou inverídica (art. 112); a consulta, diagnóstico ou prescrição por meios de comunicação de massa (art. 114); o anúncio de títulos científicos ou especialidades não confirmados ou reconhecidos (art. 115); a participação de anúncios de empresas comerciais valendo-se de sua profissão (art. 116). Registre-se, ainda, que o Código Penal (Del. 2.848/1940) também prevê diversos crimes de falso, tais como a falsidade ideológica (art. 299) e a falsa identidade (art. 307), além de tipo penal específico, a falsidade de atestado médico (art. 302).

[138] O entendimento foi expresso pela Quarta Turma do STJ, embora a condenação tenha sido afastada, no caso concreto, por se ter demonstrado que a venda da substância comercializada pelo profissional em questão não era proibida no país (STJ, REsp. 290.386/SP, 4ª T., Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, julg. 3.3.2009).

liberal no exercício de sua atividade não precisa mais demonstrar a natureza contratual dessa responsabilidade, nem ingressar no mérito da natureza da obrigação (de meios ou de resultado), para eximir-se do ônus de provar a culpa pelo inadimplemento.

Mais do que uma simples mudança de técnica jurídica, trata-se, como se percebe, de substituir a imprescindível investigação dos elementos do caso concreto[139] (fosse para a qualificação da natureza – de meios ou de resultado – da obrigação, conforme as expectativas legitimamente geradas no paciente pelo médico; fosse para a identificação da responsabilidade contratual ou aquiliana, a partir da própria existência de uma avença prévia entre eles) por um juízo de verossimilhança ou hipossuficiência que, cumpre ressaltar, são reconhecidas quase automaticamente em nossa prática jurisprudencial contemporânea sempre que se configura relação de consumo.[140] Da caracterização do paciente como consumidor decorre de modo quase automático a justificativa da inversão do *onus probandi*, sem maiores considerações quanto ao vínculo concretamente estabelecido entre as partes.[141]

Mais ainda, embora muitos autores entendam ser imprescindível a alegação verossímil ou a situação hipossuficiente do consumidor para que se inverta o ônus da prova, parte da doutrina, em interpretação particular do §3º do art. 14 do CDC (que trata das excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviços), sustenta haver uma presunção *ope legis* (vale dizer, de reconhecimento obrigatório pelo juiz), de ocorrência de defeito nas hipóteses de acidente de serviços.[142] Como boa parte dos casos de responsabilidade civil do médico se

---

[139] Conforme afirma Pietro PERLINGIERI: "[...] não é possível separar o conhecimento jurídico do fim prático da aplicação, do caso concreto ou do fato histórico a regulamentar. A interpretação dita doutrinária não pode deixar de se confrontar com a prática dos fatos, a não ser que pretenda se propor como uma dogmática sem alma, como uma pura técnica. O objeto do conhecimento jurídico é sempre dúplice, a norma e o fato concreto: cada um dos dois termos dialéticos é conhecido um em função do doutro e vice-versa" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 612-613).

[140] O deferimento automático da inversão do ônus da prova pode ser visto, exemplificativamente, em: "[...] no presente caso, há incidência da lei consumerista e *consequente* inversão do ônus da prova" (TJSP, Ag. Instr. 1774874020128260000, 25ª CDPriv., Rel. Des. Vanderci Álvarez, julg. 12.9.2012. Grifou-se); e, ainda,dentre muitos outros: STJ, REsp. 696.284/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 3.12.2009; TJRS, Ap. Civ. 70048530190, 9ª C.C., Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julg. 25.7.2012.

[141] Relatam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "Ora, não obstante a própria Lei Consumerista preveja que nem sempre o consumidor é hipossuficiente, o que temos visto, de forma rotineira, em inúmeras demandas judiciais, é exatamente se considerar, de forma automática, o paciente como hipossuficiente em relação ao esculápio ou ao estabelecimento de saúde, pelo simples fato de ser ele, em relação àqueles, a parte que, obviamente, não detém os mesmos conhecimentos técnicos do prestador do serviço médico, olvidando-se a interação existente entre o comportamento do paciente e do médico" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60).

[142] Sustenta Sergio CAVALIERI FILHO a respeito do §3º do art. 12 e do §3º do art. 14 do CDC: "Temos, aí, induvidosamente, uma inversão do ônus da prova quanto ao defeito do produto ou do serviço e o nexo causal, porquanto, em face da ocorrência do acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), caberá ao fornecedor provar que o defeito inexiste, ou a ocorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Essa inversão do ônus da prova – cumpre ressaltar – não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII. Aqui a

enquadra justamente na hipótese de produção de danos pelo serviço fornecido (a exata noção de acidente de consumo), esse posicionamento muito contribui para a usual inversão automática do ônus da prova contra o profissional, sem se indagar da verossimilhança ou da hipossuficiência (critérios ditos *ope iudicis*). Em outras palavras, simplificou-se a questão da distribuição do ônus probatório da culpa do profissional liberal, convencionando-se que a relação médico-paciente configura relação de consumo.

Assiste-se, assim, ao agravamento da responsabilidade do médico com base na lógica consumerista – muito embora seja questionável se se deve mesmo aplicar à relação médico-paciente, a mesma disciplina que protege o adquirente de produtos e serviços no mercado de consumo.[143] De fato, se a tutela privilegiada de determinado indivíduo deve ser proporcional ao seu grau de vulnerabilidade no contexto de uma relação jurídica concreta,[144] caberia indagar se o paciente pode ser considerado vulnerável em relação ao médico na mesma medida e pelas mesmas razões que o consumidor em face do fornecedor. E o próprio afastamento, pelo Código de Defesa do Consumidor, da atividade dos profissionais liberais do regime de responsabilidade objetiva por ele previsto, com remissão à responsabilidade com culpa do Código Civil, já sinaliza a resposta negativa.

Com efeito, a transposição da lógica consumerista (associada ao potencial danoso de serviços ofertados no mercado de consumo de massa)[145] para a relação estritamente pessoal

---

inversão é *ope legis*, isto é, por força da lei; ao passo que ali a inversão é *ope iudicis*, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 259).

[143] O tema é controverso. Autorizada doutrina tem entendido que "o motivo pelo qual se procurou descaracterizar a atuação médica como relação de consumo não está claro. A responsabilidade civil nas relações de consumo, de modo geral, independe de culpa, ressalvada, porém, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais que será apurada mediante a verificação de culpa (CDC, art. 14, § 4º). O fato de a atuação do médico ter, em alguns casos, natureza personalíssima não é bastante para excluir a aplicação do CDC, que tem conceito próprio de fornecedor de serviços previsto em lei, e não pode ser excepcionado por norma do CFM-CRM, a qual será aplicável apenas no âmbito da competência dessas entidades" (BARBOZA, Heloisa Helena. *O que muda com o novo Código de Ética Médica?*, cit., p. 22). De outra parte, já se afirmou: "A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não se podendo deixar de dizer que são muito mais que isso, são bens inalienáveis –, o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais da saúde para se tratar" (COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 65).

[144] Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES: "A cláusula geral [de tutela da pessoa humana] visa a proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo 'que lhe é próprio', aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada" (O princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 116).

[145] A doutrina não é pacífica quanto à fundamentação da responsabilidade objetiva do CDC na teoria do risco, inclinando-se, muitas vezes, para um suposto caráter exemplar da responsabilização do fornecedor de produtos e serviços. Em rara abordagem do tema, Bruno MIRAGEM fundamenta a responsabilidade sem culpa do CDC na

que caracteriza o vínculo entre cliente e profissional liberal exige cautela. Tal tendência vem ao encontro da crescente exacerbação das expectativas pendentes sobre a atuação do médico e dos profissionais liberais,[146] como se fosse possível esperar o sucesso de seu trabalho na totalidade dos casos, ignorando-se a falibilidade natural de profissionais que podem contar exclusivamente com seu conhecimento científico, não dispondo de uma estrutura que permita a diluição do ônus econômico dessa super-responsabilização no preço dos serviços por eles oferecidos.[147]

---

noção de risco-proveito: "No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo –, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. Ou seja, responde pelos riscos de danos causador por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, de distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo" (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 427). O sistema brasileiro de responsabilidade civil adotou, porém, critério mais amplo, do chamado *risco-criado*. A respeito, v. item 3.2, *infra*.

[146] As consequências de tal exacerbação são evidentes: "O aumento exacerbado de causas contra médicos, nem sempre alicerçadas em um motivo plausível ou justo, deve ser um motivo de preocupação, pois pode vir a desencadear aquele tipo de Medicina, denominado 'defensiva', em razão do qual o facultativo acaba tendo que se munir de uma carga excessiva de exames e condutas preventivas, além do que lhe seria exigível, como uma maneira de se precaver de uma futura alegação de não ter cumprido adequadamente seu dever profissional" (GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34).

[147] Ao fundamentar a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, afirma Bruno MIRAGEM: "não se diga que o fornecedor suportará tais custos [oriundos da responsabilidade civil sem culpa pelos danos advindos da atividade]. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha a suportar" (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 428). A atribuição do ônus financeiro de uma super-responsabilização ao profissional liberal pressupõe um grande desenvolvimento econômico deste – ou, em outras palavras, um maior poder financeiro –, o que não necessariamente se verifica na realidade das profissões liberais. Veja-se, ilustrativamente, o que afirma Guido CALABRESI sobre os mecanismos de fracionamento de danos: "*Comunemente, i giuristi giustificano l'imputazione dei danni sulla base di criteri diversi dalla colpa con il fatto che i danni stessi sono meno onerosi se frazionati tra molte persone e in un lungo arco di tempo. Analoghi punti di vista affiorano tra gli economisti, che, probabilmente, condenserebbo i vantaggi di un frazionamento dei danni tra più persone in um paio di frasi: 1) se, invece di esigere uma serie de picolé somme da molte persone, si toglie uma grossa somma di denaro a uma sola persona, è più probabile che ciò porti ad uno sconvolgimento economico, e pertanto a danni secondari, o evitabili; 2) anche se il risultato finale, in termini di sconvolgimento economico, fosse il medesimo, molti piccoli danni serebbero pur sempre preferibili a un danno di grosse proporzioni* [...]. *Una variante della concezione, secondo la quale il costo secondario dei sinistri può essere ridotto mediante un vasto processo di frazionamento, è espressa dalla nozione di 'tasca profonda'. In base ad essa, il metodo migliore per ridurre i costi secondari dei sinistri è di trasferirli su quelle categorie di persone, la cui posizione sociale ed economica meno se resentirebbe, su quelli, cioè, che genericamente si sogliono definire 'ricchi'*" (*Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 63-65). Em outra passagem, o mesmo autor pondera que um dos riscos do uso de técnicas de fracionamento de danos está nas hipóteses de *paternalismo*, em que se presume que o indivíduo não é capaz de escolher o que é melhor para si e prefere transferir o custo de suas escolhas a outrem (Ibid, p. 84). De fato, embora toda situação de vulnerabilidade, em uma ordem jurídica de caráter personalista e solidarista, admita a intervenção estatal no sentido de prover uma tutela especial ao indivíduo, sabe-se que o paciente não é vulnerável pelas mesmas razões que o consumidor, sendo de se questionar se a expectativa de que o fornecedor reparta o custo de eventuais indenizações pode ser estendida, com a mesma argumentação, à atividade do profissional liberal.

O problema não diz respeito, porém, apenas ao fundamento filosófico da responsabilidade médica, nem às consequências práticas (sobretudo econômicas) que a equiparação do profissional liberal a um fornecedor de produtos e serviços pode acarretar para a sua atividade. Com efeito, a aplicação bipartida do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente – conferindo-se ao primeiro diploma, ao menos nominalmente, a determinação do fundamento da responsabilidade e, ao segundo, as questões procedimentais para a cobrança da indenização – representa importante problema hermenêutico.

Como se sabe, em certo momento da evolução do direito civil – coincidente aproximadamente com a adoção, no campo político, do modelo do *Welfare State* (no bojo do qual se tornaram juridicamente relevantes direitos sociais que passaram a ser exigidos de forma positiva do Estado) e, no campo jurídico, do reconhecimento da força normativa da Constituição –, perdeu o Código Civil sua posição de centralidade, de modo geral, nos ordenamentos da família romano-germânica.[148] De fato, ao mesmo tempo em que a Constituição passou a representar o elemento unificador do sistema, dotado de hierarquia formal e axiológica,[149] alterou-se também a técnica legislativa,[150] com o progressivo

[148] Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES que, diante da "proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento" (A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 8).

[149] Conforme sustenta Maria Celina BODIN DE MORAES: "A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (*Grundnorm*), fator determinador de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instancia a que foi dada a legitimidade para "revalidar" a ordem jurídica. Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo [...]. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário" (A caminho de um direito civil-constitucional, cit., pp. 8-9).

[150] Afirma Natalino IRTI: "*Nel quadro storico tratteggiato, la tecnica legislativa è radicalmente modificata. La legge assume ormai le caratteristiche di concretezza e di individualità, che erano proprie del negozio privato: non più canoni astratti e generali di azione, ma risposta a specifici e determinati problemi. Irrompono così nel linguaggio legislativo, da un lato, indicazioni di programmi e di risultati desiderabili per il bene comune e l'utilità sociale; e, dall'altro, terminologie scientifiche, economiche, industriali, connesse con i problemi dell'età contemporânea. Le leggi si moltiplicano non soltanto nel numero, ma nelle modalità espressive e sintattiche, ciascuna piegandosi al lessico particolare o al semplice gergo della materia regolata*" (L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*. Vol. 10-15. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1979, p. 19).

surgimento de diversas leis – amplamente denominadas "estatutos" – que cumprem, presentemente, a função de proteger grupos de pessoas especialmente vulneráveis (como a criança e o adolescente, o idoso, o locatário e o consumidor). Tais leis apresentam como uma de suas principais características o fato de não se dirigirem apenas a um único ramo do direito, mas de preverem normativas completas sobre os mais diversos aspectos (cíveis, processuais, administrativos, penais etc.) das relações jurídicas às quais se destinam.[151]

Nesse cenário, poucos estatutos exemplificam tão bem tal análise como o Código de Defesa do Consumidor. Além de normas de direito civil, o diploma prevê normas administrativas (tais como as sanções específicas previstas em seu Capítulo VII) e criminais (tipificando inúmeras infrações penais em seu Capítulo VIII), além de ter inovado na ordem jurídica brasileira no que tange ao processo coletivo (Capítulos I e II do Título III) e prever instrumentos processuais bastante específicos, como a já comentada possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC). Embora alguns autores afirmem que a inversão do ônus da prova na hipótese de verossimilhança seja decorrência lógica da regra geral do art. 335 do CPC (que permite ao juiz a aplicação de regras de experiência comum), não se pode negar a evidente importância didática do dispositivo, que teve o mérito de conferir efetividade a este importante mecanismo de defesa do consumidor.[152]

Diante do crescimento de tais estatutos, parte da doutrina, largamente baseada no pensamento do italiano Natalino Irti, passou a referir-se à existência de microssistemas,[153]

---

[151] Afirma de Gustavo TEPEDINO: "A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes consideradas como de direito especial), abrangendo, ao revés, em legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito. Cuida-se de leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser denominadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se, em doutrina, a era dos estatutos" (O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4).

[152] Por todos, v. Pablo RENTERÍA: "Como se depreende, o Código de Defesa do Consumidor, ao prever a chamada 'inversão do ônus da prova' em razão da verossimilhança da alegação, não faz outra coisa senão reproduzir, no âmbito particular das relações de consumo, a norma geral disposta no já referido art. 335 do Código de Processo Civil [...]. A regra consumerista tem, portanto, 'propósitos didáticos' com o intuito de incentivar o juiz a valorar as provas produzidas pelo consumidor com vistas a facilitar a defesa dos seus direitos, tomando por verdadeiras as suas alegações sempre que, em vista dos indícios presentes, se mostrarem verossimilhantes" (*Obrigações de meios e de resultado*, cit., pp. 110-111).

[153] Nas palavras de Natalino IRTI: "*Ma spesso – si è già avvertito – la legge, nata come eccezionale e provvisoria, si protrae nel tempo e conquista un'insospettata stabilità. Attorno ad essa si dispongono altre leggi, che ne completano la disciplina e che introducono, a loro volta, deroghe ed eccezioni: si delinea così un micro sistema, un picolo mondo di norme, da cui l'interprete può ormai ricavare principi generali ed in cui ormai scoprire una logica autonoma. Si tratta di un processo – secondo i casi, lento o rapido, terso od oscuro –, destinato a sfociare in una legge consolidatrice (si pensi alla legge sull'equo canone o sui contratti agrari).*

dotados de lógica própria – e aplicados, por assim dizer, de modo totalmente independente no âmbito do ordenamento jurídico (que passaria a constituir, nessa perspectiva, um "polissistema", ou um "mundo em fragmentação").[154] Em defesa da unidade do ordenamento (consequência necessária da colocação da Constituição no ápice do sistema, uma vez que todas as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com os valores consignados na Lei Maior), a escola do direito civil-constitucional tem criticado fortemente a doutrina dos microssistemas.[155] Afirma-se que tal doutrina põe em risco o aspecto sistemático da ordem jurídica, ao transformar os estatutos e demais leis extravagantes em uma espécie de "reduto" de proteção desmesurada dos grupos sociais a que se referem, sem qualquer consideração ao conjunto dos valores constitucionais – que deveriam fundamentar, contextualizar e, em uma interpretação sistemática, balizar essa tutela especial.[156]

Desse modo, não se poderia falar em uma principiologia própria dos estatutos, autônoma em relação ao restante do ordenamento, pois cada norma apenas se justifica no âmbito da axiologia unitária do sistema.[157] Se às crianças e adolescentes, por exemplo, deve-

---

Questo è il segno che il fenomeno ha varcato la soglia della coscienza storico-politica, e che la rottura con il codice civile è ormai irreversibile" (L'età della decodificazione, cit., p. 21).

[154] Na análise de Maria Celina BODIN DE MORAES: "Passa-se a falar de um 'polissistema', no qual, ao lado do Código Civil, funcionam, independentes e autônomos em relação a ele, vários outros sistemas orgânicos, denominados por Natalino Irti de 'microssistemas'. Constituem tais leis especiais distintos 'universos legislativos', apenas de menor porte. Na realidade, segundo Irti, a mudança é estrutural. As leis especiais não se limitam mais a estipular os cânones, gerais e abstratos, para a atuação privada, isto é, as condições que permitem à vontade individual perseguir os seus fins, livremente escolhidos. A escolha dos objetivos passa a fazer parte da competência do legislador, que – no lugar dos privados – quer, solicita ou promove a sua vontade em determinada direção: a essência e a razão da lei são radicalmente transformadas" (O direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 25).

[155] Argumenta Pietro PERLINGIERI: "Não há normas que não pressupõem o sistema e que ao mesmo tempo não concorrem para formá-lo; não há normas que não sejam inteligíveis no seu efetivo alcance se não forem inseridas, como partes integrantes, em uma totalidade formal (sistema legislativo) e substancial (sistema social). Este resultado postula a superação da exegese considerada exclusivamente como busca e individualização do significado literal do texto. Fora de discussão é a igual dignidade das leis e do código; a sua diversa relevância é dada pelos conteúdos e pelos valores que exprimem, pelo grau de idoneidade, quer da norma regular, quer da norma excepcional, a atuar os princípios fundamentais. Ao contrário, justamente porque as leis especiais, por definição, não são mais concretizadoras dos princípios codicísticos, mas, sim, daqueles constitucionais, elas não podem ter lógicas de setor autônomas ou independentes das lógicas globais do quadro constitucional; elas também devem ser sempre concebidas e conhecidas obrigatoriamente no âmbito do sistema unitariamente considerado" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 628-629).

[156] Defende Gustavo TEPEDINO que o conjunto dos princípios do CDC – tais como "a interpretação mais favorável [...]; a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança do pedido ou da hipossuficiência; a proteção da boa-fé objetiva, cujo sentido a jurisprudência tem conseguido perceber, dentre outros; - vai sendo mais e mais associado não à qualificação do consumidor como um *status*, um privilégio, uma espécie de salvo-conduto para o exercício de atividades econômicas, mas à preocupação constitucional com a redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania, perspectiva que não poderia deixar de compreender, segundo a vontade normativa do constituinte, todas as relações consideradas de direito privado" (As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 246).

[157] Alerta Gustavo TEPEDINO: "Sem embargo da importância dessa contribuição doutrinária, seja pela reconstituição histórica que propiciou, seja pelo aporte didático de que é imbuída, tal proposta, pouco conhecida

se aplicar uma regra do Estatuto respectivo (L. 8.069/1990), isto ocorre porque o ordenamento determina que a pessoa humana tenha sua dignidade tutelada conforme for maior ou menor a sua vulnerabilidade específica no caso concreto, e, portanto, as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente se revelam mais sensíveis a tais peculiaridades concretas que as regras gerais do Código Civil (e há muito se enuncia o princípio *lex specialis derrogat generalis*).[158]

No caso do direito do consumidor, tem-se difundido amplamente[159] a expressão "diálogo das fontes", cunhada originalmente por Erik Jayme, para se fazer alusão a uma aplicação do Código de Defesa do Consumidor integrada às demais normas do sistema, e não isolada ou de forma incoerente ou antinômica em relação ao restante do ordenamento.[160] É no âmbito do diálogo das fontes que se justificaria a possibilidade de aplicação, à disciplina jurídica dos profissionais liberais, do regime de responsabilidade do Código Civil e, ao mesmo tempo, de diversas normas procedimentais do Código de Defesa do Consumidor: porque as fontes normativas não são isoladas, mas interconectadas, seria possível buscar em diplomas diferentes normas para compor a disciplina da relação entre o profissional e seu cliente (em particular, a relação médico-paciente).[161]

---

na sua integralidade pelos juristas brasileiros, acarreta perigosas consequências relativamente à interpretação das leis e dos negócios jurídicos. Pretende Irti, em verdade, que cada microssistema se feche em si mesmo, sendo autossuficiente do ponto de vista hermenêutico, já que cada Estatuto traz normalmente os próprios princípios interpretativos. No caso brasileiro, bastaria pensar nos diversos artigos do Código do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente para constatar esta realidade" (As relações de consumo..., cit., pp. 241-242).

[158] Na clássica lição de Norberto BOBBIO: "lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derrogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo de diferenciação de categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação" (*Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999, p. 96).

[159] Sobre a adoção desta teoria pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos, cf. BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília jurídica, 2007, pp. 92 e ss.

[160] Segundo Claudia Lima MARQUES, o diálogo das fontes "é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, co-existentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não-coerência'" (BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 89).

[161] Conforme explica Claudia Lima MARQUES: "'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)" (*Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 89-90).

Embora, à primeira vista, semelhante concepção pareça negar o pensamento microssistemático, na medida em que sugere a aplicação dos estatutos com referência a todo o sistema jurídico, a perspectiva do diálogo das fontes conduz aos mesmos resultados da doutrina dos microssistemas, inviabilizando a proposta hermenêutica do direito civil-constitucional.[162] Com efeito, para esta última escola de pensamento a interpretação e a aplicação do direito constituem um momento único, e a cada novo caso concreto deve-se aplicar a totalidade do ordenamento jurídico para que seja possível individuar a normativa adequada à *fattispecie*. Alude-se à expressão "ordenamento do caso concreto" para indicar que as peculiaridades do caso concreto passam a integrar o próprio ordenamento e contribuem para a identificação de sua solução jurídica, que será a resultante da consideração conjunta de absolutamente todas as regras e princípios do sistema, aliados às particularidades da hipótese fática concreta.[163] Em outras palavras, a escola civil-constitucional considera o ordenamento uma unidade tanto em sua interpretação quanto em sua aplicação[164] – em momento algum o sistema jurídico é decomposto em duas ou mais partes, pois essa corrente de pensamento entende que as aparentes antinomias entre normas no interior do sistema não precisam ser explicadas em abstrato, equacionando-se justamente à luz do caso concreto.

A doutrina do diálogo das fontes, ao contrário, como sugere a própria expressão, embora considere as diversas fontes normativas que poderiam incidir sobre cada caso concreto, considera-as individualmente, e não como um todo unitário (basta observar que,

---

[162] De fato, o enquadramento do Código de Defesa do Consumidor no conceito de microssistema proposto por Natalino IRTI é um pressuposto da doutrina brasileira do diálogo das fontes. A respeito, afirma Claudia Lima MARQUES: "Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como texto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microssistema, para o descrever" (*Manual de direito do consumidor*, cit., p. 47).

[163] Afirma Pietro PERLINGIERI: "Individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, ou seja, individuar o ordenamento do caso concreto, é obra do intérprete, que se vale dos princípios e das regras que se encontram na totalidade da experiência e da realidade histórica" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 130). Remata o autor: "O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade" (Ibid., p. 201).

[164] Cite-se, ainda uma vez, Pietro PERLINGIERI: "A complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento do caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 200-201).

para que se possa fazer referência a um "diálogo", é preciso haver dois interlocutores contrapostos: um emissor e um receptor). Porque o Código Civil "dialoga" com o Código de Defesa do Consumidor é que seria possível extrair de cada diploma algumas regras aplicáveis à relação de consumo.[165] Trata-se de pensamento indutivo, por meio do qual o intérprete poderia buscar em cada lei as regras mais adequadas (e se afirma, de modo geral, que tais regras devem ser sempre aquelas que oferecerem maior benefício ou proteção ao consumidor).[166]

À luz da metodologia civil-constitucional, que parece oferecer resultados mais consentâneos com a lógica do ordenamento, o raciocínio do intérprete-julgador deveria percorrer o caminho inverso, tomando a via dedutiva: porque a Constituição determina que a pessoa humana deva ser sempre protegida à luz de suas vulnerabilidades concretas (nem mais, nem menos do que tais vulnerabilidades exigirem), o legislador ordinário previu um estatuto específico, com normas que compreendeu perfeitamente adequadas às peculiaridades de certo grupo social – no caso, o consumidor.[167] Pode acontecer que, no caso concreto, certo sujeito se mostre mais ou menos vulnerável do que o padrão previsto pelo legislador – e, nesse caso, sequer poderá ser considerado consumidor, exigindo-se qualificação diversa e a atração de

---

[165] No entendimento de Claudia Lima MARQUES: "Desse modo, este novo diálogo das fontes principais do direito privado brasileiro é diretamente influenciado pelo modelo de coexistência do CDC e do CC/2002 que foi imposto pela Constituição brasileira (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da CF/88; e art. 48 do ADCT). [...] As distinções entre os contratos ou obrigações entre dois civis, entre dois empresários e entre um empresário e um civil ou consumidor persistem e ganham força apesar da unificação realizada pelo Código Civil. Há que se procurar na função social de cada um desses contratos (art. 421) a linha de sua interpretação. No caso dos contratos de consumo, haverá prioridade (primazia) de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em relação ao CC/2002. O *diferente aqui é o sincretismo de métodos, teremos a distinção e a unificação lado a lado, ao mesmo tempo*, no mesmo sistema de direito privado brasileiro" (*Curso de direito do consumidor*, cit., pp. 93-94. Grifou-se).

[166] Sustentando a aplicação do diálogo das fontes, afirma Leonardo Roscoe BESSA: "O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em razão de corte horizontal nas mais diversas relações jurídicas, é significativo exemplo da exigência atual de convivência com diversos outros diplomas. A par da necessária utilização de base conceitual do Código Civil, o art. 7º, *caput*, do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade do CDC estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas, aplicadas e, invariavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões" (*Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 90).

[167] Pietro PERLINGIERI é contundente: "Não se pode duvidar que a relação entre mercado e instituições represente o problema central da modernidade. É necessário, porém, a consciência de que o protagonista dessa relação é e permanece, o homem, como pessoa e não reduzido a consumidor ou a produtor [...]. O direito, por conseguinte, não é simples técnica, mas é função ordenadora segundo os valores que emergem do confronto dos diversos e contrastantes interesses que animam e justificam as suas razões. As razões do direito, pois, são muito mais amplas – e de consequência mais nobres – do que as razões do mercado e têm raízes na cultura total de uma comunidade e no primado, de qualquer modo realizado, da política que a governa" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 129).

regime jurídico diferenciado – sempre, porém, à luz dos mesmos valores.[168] Por outro lado, se restar de fato caracterizada a relação de consumo, não fará sentido buscar normas em leis de natureza geral (não dedicadas especificamente ao consumidor) para as questões disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, pois este já propôs a disciplina mais adequada à especial vulnerabilidade da pessoa humana nas relações de consumo.[169]

Nesse diapasão, a aplicação de regras do Código de Defesa do Consumidor cumuladas com um regime de responsabilidade baseado na culpa (conceito do Código Civil que jamais ingressou no diploma consumerista) não faria qualquer sentido. Com efeito, no direito do consumidor não se questiona se a responsabilidade é contratual ou extracontratual,[170] nem se a obrigação assumida é de meios ou de resultado, porque tais categorias se referem, prioritariamente, à demonstração processual da culpa, e o elemento culposo não apresenta qualquer relevância para a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor[171] –

---

[168] Segundo Gustavo TEPEDINO, descarta-se "a possibilidade de se imaginar o consumidor inserido em um mundo à parte do ordenamento, estremado de outros submundos, quadro assustador que permitiria, por exemplo, que a qualificação de certa relação jurídica como de locação ou de consumo pudesse significar resultados diferenciados em termos de proteção à pessoa humana que, em última análise, é a protagonista de toda e qualquer relação contratual. Entraríamos então em crise, de tal maneira que se aplicássemos a disciplina da locação, o resultado seria desastroso para o interesse da pessoa humana que, ao reverso, considerada como um consumidor, passaria a atrair, como num passe de mágica, a proteção da ordem jurídica em favor dos mesmíssimos valores ameaçados e postergados na relação locatícia! Tal distorção definitivamente não é aceitável sob a ótica do direito civil-constitucional. Os valores que presidem o ordenamento necessariamente são os mesmos" (As relações de consumo e a nova teoria contratual, cit., pp. 243-244).

[169] A relação entre os estatutos e o Código Civil é registrada por Maria Celina BODIN DE MORAES: "As leis especiais passam a constituir o direito geral de um instituto ou de uma inteira matéria. Ao Código não se pode mais reconhecer o valor de direito geral, de sede de princípios. Ele funciona apenas como direito residual, disciplina dos casos não regidos por normas particulares, para integrar e completar as previsões eventualmente lacunosas das leis especiais. Como contraprova, basta pensarmos que se encontram, atualmente, fora do Código Civil importantes matérias, regulamentadoras de relações jurídicas privadas e de frequentíssima aplicação. Como exemplos de leis especiais [...] temos o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), a Lei do Condomínio e das Incorporações (Lei nº 4.591/64), a Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), o Código de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98)" (O direito civil-constitucional, cit., pp. 25-26).

[170] Neste particular, o Projeto de Reforma do Código de Defesa do Consumidor (Projeto de Lei do Senado n. 281/2012), atualmente em tramitação no Congresso Nacional, tem recebido críticas por fazer remissão à dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual: "Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título: I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo; II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o domicílio do fornecedor de produtos e serviços, o do lugar da celebração ou o da execução do contrato ou outro conectado ao caso".

[171] Como registra Paulo Roberto KHOURI: "A responsabilidade do profissional liberal é uma questão que deve ser tratada à parte. Enquanto na responsabilidade pelo fato do produto o legislador não admite nenhuma discussão acerca da culpa do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador, em se tratando de responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelo profissional liberal, embora tecnicamente também possa ser

para a qual basta a comprovação do dano, do nexo de causalidade e do defeito ou vício do produto ou serviço.

Assim, a interpretação mais razoável do art. 14, §4º do CDC parece ser aquela segundo a qual o legislador consumerista, ao afirmar que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa", falou menos do que pretendia: em outras palavras, caberia a interpretação extensiva[172] do dispositivo, para se concluir que o Código de Defesa do Consumidor preferiu afastar a relação entre profissionais liberais e seus clientes do seu âmbito de incidência – justamente porque a *ratio* que orienta suas normas se refere a uma vulnerabilidade totalmente distinta daquela inerente aos pacientes sob cuidados médicos.[173]

Consolidou-se, no entanto, na jurisprudência o entendimento oposto – seguramente por força da crescente necessidade de se proteger o paciente em um cenário que oferece cada vez mais incertezas e riscos (conforme a ciência médica e a própria vida quotidiana se tornam mais complexas), aliada à verdadeira revolução que o Código de Defesa do Consumidor representou em nossa ordem jurídica para a concretização da justiça e da igualdade substancial nas relações de consumo.[174] Em outros termos, buscou-se assegurar ao paciente uma tutela premente e necessária – por meio, contudo, de instrumentos pouco adequados, já que concebidos para a disciplina de relações de outra natureza. Como resultado, atualmente são muito raros os casos em que nossos tribunais não qualificam a relação médico-paciente como relação de consumo.

---

considerado fornecedor, ele só será responsabilizado mediante a comprovação da culpa" (*Direito do consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo, cit., pp. 171-172).

[172] Sobre o conceito de interpretação extensiva, veja-se a sempre pertinente lição de Norberto BOBBIO: "Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram elaborados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que busca colher a diferença com respeito aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma para casos não previstos por esta" (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 155).

[173] Assim entende Miguel KFOURI NETO: "*De lege lata*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberai, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 214). Nesse mesmo sentido, v. COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex PEREIRA. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., pp. 63 e ss. Parcialmente nesse sentido, compreendendo que não se aplicaria o CDC às hipóteses em que o médico não é remunerado, ou em que o atendimento médico decorre de relação trabalhista, v. LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 136.

[174] Conforme registra Sergio CAVALIERI FILHO: "A defesa do consumidor, na linha da expansão do fenômeno mundial do consumerismo, no Brasil ganhou *status* de princípio constitucional (CF, arts. 5º, XXXII; 170, V). O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, encontra fundamento na Constituição, pois regula um princípio constitucional – a defesa do consumidor – e foi editado por expressa determinação constitucional (ADCT, art. 48)" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 12).

Nesse contexto, em que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil do médico se revela uma escolha irretratável de nossa jurisprudência, cabe à doutrina a difícil tarefa de propor critérios para a disciplina da relação médico-paciente, extraindo da tutela (sem dúvida) privilegiada oferecida pelo direito do consumidor o regime jurídico mais adequado possível ao caso das profissões liberais. Para essa tarefa, conta-se com, talvez, apenas um único ponto de segurança – o dispositivo do próprio Código de Defesa do Consumidor que afirma ser subjetiva a responsabilidade de tais profissionais. A culpa no exercício das profissões liberais (e, especificamente, da medicina) deixa de ser, assim, apenas o fundamento de imputação da responsabilidade civil pelos danos decorrentes do exercício de tais atividades, e passa a representar o elemento-chave de compatibilização de uma onipresente tendência à inversão processual do ônus da prova com essas profissões, dotadas de vulnerabilidades específicas (tanto para o profissional quanto para o cliente).

Em outras palavras, se a culpa representou, no passado, uma arma em defesa do paciente, que poderia obter ressarcimento sempre que se submetesse ao tratamento de um médico negligente, imprudente ou imperito, o mesmo elemento da responsabilidade civil constitui, agora, uma defesa também do profissional, fator imprescindível para a determinação da exata medida em que o erro constitui eventualidade inevitável da atividade médica, e não fundamento para a responsabilização do médico. O resgate da culpa como requisito da responsabilidade civil do médico exigirá, de um lado, sua dissociação da simples ideia de erro; de outro, a análise dos inúmeros riscos relacionados à prática da medicina (para que se possa, fundamentadamente, afastar a lógica da responsabilidade objetiva); e, ainda, o estudo dos mecanismos pelos quais se pode tutelar o paciente, em sua específica vulnerabilidade, sem se imputar um ônus desarrazoado ao profissional. Superadas tais etapas e reafirmado o papel da culpa para o dever de indenizar do médico, torna-se possível investigar novos caminhos para a identificação desse clássico elemento da responsabilidade civil.

3 RESGATE DA CULPA COMO ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Acima da verdade estão os deuses.
A nossa ciência é uma falhada cópia
Da certeza com que eles
Sabem que há o Universo.

– RICARDO REIS
(*Acima da verdade*)

Se a doutrina tradicional da responsabilidade civil do médico foi integralmente construída em torno do paradigma da culpa – com a consequente criação de categorias típicas da responsabilidade subjetiva que até hoje são aludidas em nossa prática jurisprudencial –, o tratamento atual dos casos de danos decorrentes da prática médica têm se aproximado, como já exposto, dos modelos de responsabilidade objetiva. Nesse contexto, cabe analisar, mais detidamente, como a culpa, o risco e a própria responsabilidade civil se afiguram mais ou menos relevantes especificamente em relação ao exercício da medicina e à tutela do paciente.

Semelhante análise permitirá afirmar que a culpa ainda remanesce como elemento imprescindível para a responsabilização civil do médico, tal como afirmava a doutrina tradicional, ao mesmo tempo em que exigirá novas reflexões sobre a forma como a culpa pode ser apurada no complexo cenário contemporâneo. Em outras palavras, se a comparação entre os dois principais paradigmas da responsabilidade civil e a responsabilização do médico admite a opção pelo mesmo paradigma já adotado pelos clássicos – a culpa –, uma breve análise de poucos exemplos hodiernos dessa responsabilidade conduzirá à conclusão de que os mecanismos de aferição dessa culpa demandam atualização, à luz dos desafios contemporâneos da vida em sociedade bem como dos avanços científicos mais modernos.

3.1 **A figura do erro médico e sua tradicional associação à culpa: a dissimulação de uma responsabilidade objetiva**

A maior parte dos estudos dedicados à responsabilidade civil do médico busca listar grande número de hipóteses concretas de conduta culposa, ou, em vez disso, categorizar diversos deveres gerais atribuídos à classe médica. Recai-se, desse modo, em um indesejável

casuísmo, incapaz de esgotar as incontáveis possibilidades de danos ressarcíveis advindos do exercício da medicina, ou de sistematizar, de modo útil, a conduta diligente que se pode legitimamente esperar do profissional de saúde.[175] Nesse sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira que, "bem aplicados os princípios, não há mal em que a conduta do médico seja apreciada na conformidade dos princípios gerais, combinados com as normas regulamentares da profissão, sob orientação dos bons conceitos doutrinários, oriundos da experiência".[176]

Sendo a responsabilidade civil do médico de natureza subjetiva, sua análise depende, fundamentalmente, de como a culpa se manifesta na produção de danos no exercício da medicina. Não se trata, porém, de hipótese essencialmente distinta dos demais casos de responsabilidade civil subjetiva: a prática culposa da medicina não difere, em natureza ou efeitos, de qualquer outra conduta culposa ensejadora de dano ressarcível.[177] De fato, embora parte da doutrina fizesse distinção entre culpa ordinária e culpa profissional (esta última associada a condutas exclusivas de determinado ofício), a classificação acabou superada, diante de sua irrelevância para a disciplina da responsabilidade do médico.[178]

A culpa na responsabilidade civil do profissional da medicina costuma ser identificada a partir da figura do denominado *erro médico*. Trata-se de acepção bastante ampla do termo "erro", aqui compreendido como "uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão de um profissional".[179] Embora onipresente nas obras que se dedicam ao assunto, a expressão "erro médico" oferece ao menos uma incerteza ao estudioso: justamente, a de sua natureza. Trata-se de expressão leiga (que não se confunde, evidentemente, com o defeito do negócio jurídico),

---

[175] Adverte Caio Mário da Silva PEREIRA: "Não é possível descer a minúcias para estabelecer em que consiste o ato culposo no diagnosticar, no prescrever, no tratar o cliente. Se [o médico] age com culpa, e daí resulta um prejuízo para a pessoa sujeita a seus cuidados, responde por perdas e danos. As hipóteses lembradas pelos autores, na maioria hauridas da jurisprudência, são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz, em cada caso, ponderar as circunstâncias, para só então qualificar a espécie" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 202-203).

[176] *Responsabilidade civil*, cit., p. 201. Remata o autor: "É de todo conveniente admitir que o profissional se conduza pelas normas próprias de sua arte ou ofício. O fato de se deixar sem referência algumas delas não traduz dispensa" (o.l.u.c.).

[177] Veja-se, dentre outros, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 145).

[178] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 204.

[179] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, cit., p. 125. Observa a autora: "Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar sequelas, passa despercebido ao cliente. Todavia, quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano ao paciente – sendo que este dano poderia ter sido evitado – mas ocorreu por culpa comprovada (por imperícia, por imprudência ou por negligência) e havendo entre o dano e o ato médico o claro e indispensável nexo de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado" (o.l.u.c.).

apropriada largamente pela doutrina da responsabilidade civil – mas seria possível atribuir-lhe, verdadeiramente, um significado jurídico nesse campo?

Não são raras as ocasiões em que se faz alusão ao erro médico como se se tratasse de um requisito da responsabilização civil do médico. Mas que requisito seria esse? Estariam equivocados os autores clássicos ao afirmarem que a responsabilidade civil do médico se configura como qualquer outra hipótese de responsabilidade civil subjetiva? Ou poderia o erro médico confundir-se com um dos elementos tradicionais que ensejam o dever de indenizar? O erro não pode ser identificado no próprio dano: ao contrário, via de regra, um erro na atuação do médico *conduz* ao dano sofrido pelo paciente, por isso mesmo não se confundindo com o próprio resultado indesejado. Seguramente, não se equiparam tampouco o erro e o nexo de causalidade: na verdade, se o nexo causal cumpre a função de conectar a conduta profissional ao resultado danoso,[180] o erro parece situar-se em um desses dois polos – nomeadamente, o da conduta –, de tal modo que seria mais razoável afirmar que o nexo vincula *também o erro* ao dano, não coincidindo com o próprio erro.

Afirmar-se-ia, então, que o erro médico se equipara a um tipo de conduta – considerada por muitos autores um requisito específico da responsabilidade civil?[181] Uma rápida análise já permitiria concluir negativamente. O erro, como intuitivo, constitui um juízo valorativo sobre a conduta – fala-se que há erro porque a conduta (ativa ou omissiva) do causador do dano mostra-se desconforme àquela postura profissional que teria, supostamente, evitado o resultado desvantajoso. Assim, o erro é um julgamento sobre a própria conduta – por assim dizer, um *posterius*: é porque um dano sobreveio ao agir profissional que se afirma, em termos leigos, que o médico *errou*.[182] Restaria, assim, um último elemento ao qual o erro poderia se equiparar, para que fosse considerado um requisito da responsabilidade civil do

[180] Nas palavras de Gisela Sampaio da CRUZ, "no campo da responsabilidade civil, o nexo causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22).

[181] Embora alguns autores entendam a conduta subsumida no requisito da culpa, outros preferem explicitá-la. Assim, por exemplo, Sergio CAVALIERI FILHO: "Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo" (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 23).

[182] Nesse sentido, por exemplo, José Carlos MALDONADO DE CARVALHO identifica a "necessidade de se proceder à separação entre o 'mau resultado' e o 'erro médico'" (*Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56).

médico (sem que ela diferisse das demais hipóteses de responsabilidade subjetiva). Seria o caso de se afirmar que o erro médico se confunde com a culpa?

Eis uma das principais perguntas que se impõem a um estudo técnico da responsabilidade civil do médico. Com efeito, a doutrina parece usar o termo "erro médico", às mais das vezes, como sinônimo de culpa – embora tal confusão dificilmente se faça expressamente.[183] Um exame mais aprofundado da questão, contudo, permite identificar com clareza mais uma resposta negativa à equiparação. A culpa, como se sabe, corresponde ao elemento justificador da imputação de responsabilidade ao agente. Nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, apenas se justifica, do ponto de vista ético-jurídico, a atribuição do dever de indenizar a um agente que tenha dado causa a determinado dano caso esse agente tenha agido com imprudência, negligência, imperícia ou com a vontade deliberada de ocasionar o evento danoso.[184]

Ocorre que o erro médico – frise-se ainda uma vez, noção de origem extrajurídica –, como já afirmado, constitui um juízo de valor sobre a conduta profissional que promove uma comparação entre o procedimento adotado e o procedimento que, em tese, teria evitado o dano já conhecido. Em outras palavras, o juízo valorativo do erro não está propriamente interessado na maior ou menor diligência adotada pelo médico, não indaga se desejava ele ou não produzir o dano, não identifica se a legítima confiança do paciente na conduta do médico foi violada. O erro interessa-se apenas por avaliar se a conduta médica adotada diferiu de outra conduta que possivelmente não ocasionaria o dano.[185] O médico absolutamente diligente, que, diante de dois tratamentos igualmente cabíveis (segundo o mais apurado conhecimento científico) para determinado quadro clínico, prescreve um deles e não consegue

---

[183] A confusão se promove das mais variadas formas. Avalia, por exemplo, José Carlos MALDONADO DE CARVALHO que "é frequente dizer que o erro médico se dá 'quase sempre por culpa'" (*Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*, cit., p. 56).

[184] Na lição de Maria Celina BODIN DE MORAES: "Sob a inspiração genérica de princípio elaborado no direito romano, consolidado pelo direito canônico e com base na influência direta do Código Napoleão, o Código Civil brasileiro de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito, isto é, numa cláusula geral cujo elemento nuclear se configurava na noção de culpa *lato sensu*. Para que surgisse o dever de indenizar fazia-se imprescindível que houvesse culpa por parte do agente causador do prejuízo e que a vítima lograsse demonstrar tal comportamento. O princípio era tido então como axiomático, isto é, moralmente universal, pois deduzido de uma razão ético-jurídica válida atemporalmente, correspondente à ideia de punição por um ilícito cometido" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 381-382).

[185] Na síntese de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, com base na jurisprudência da Corte de Cassação francesa: "a culpa supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 145).

curar o enfermo, na acepção corrente do termo, *errou* tanto quanto aquele que prescrevesse um terceiro tratamento, totalmente inapropriado.[186]

Como se percebe, o problema em se *confundirem* erro e culpa reside na conclusão lógica decorrente da equiparação: se o erro equivale à culpa, sempre que a conduta médica conduzir a um dano, quando se pudesse cogitar de outra conduta que, hipoteticamente, não produziria o mesmo prejuízo, estaria configurada a responsabilidade do médico. Dito de outro modo, equiparar o erro à culpa significa promover uma objetivação velada da responsabilidade do médico. A afirmativa se justifica por um raciocínio simples: se há inúmeros casos em que a intervenção médica produz dano (portanto, casos em que o médico supostamente *erra*), mas não se afigura legítimo responsabilizar o profissional, isso só pode ser possível se o erro e a culpa forem noções distintas – e a responsabilidade do médico dependeria da demonstração desta última. Equiparar erro e culpa retira do médico esta instância intermediária anterior à sua responsabilização, restando-lhe tão somente alegar, se houver, alguma causa de interrupção do nexo causal – justamente como se de uma hipótese de responsabilidade objetiva se tratasse.

As origens da popularização, no meio doutrinário, de uma noção leiga como o erro médico são incertas. Talvez se trate de influência do direito francês, em que a noção híbrida de *faute* revela-se maior que a culpa, abrangendo tanto a imputabilidade quanto a violação de um dever normativo.[187] Ainda assim, não se justificaria a absorção da ideia de erro por nossa doutrina (ideia que, curiosamente, ficou circunscrita à responsabilidade civil do médico), e, muito menos, sua equiparação à culpa. Por outro lado, a doutrina estrangeira, nas raras ocasiões em que faz referência ao termo *erro* (*erreur*, *errore*, etc.), fá-lo simplesmente para remeter a casos concretos de responsabilidade do médico, sem emprestar à palavra a acepção de requisito da responsabilidade que a maioria dos autores brasileiros parece inferir.

Poder-se-ia argumentar, não sem razão, que bastaria juridicizar a noção de erro, equiparando-a, por exemplo, ao procedimento inadequado do profissional, identificado em

---

[186] Adverte Marcelo BENACCHIO: "as consequências danosas oriundas do próprio tratamento preconizado pela ciência médica, apesar da causalidade com a atuação do médico, não podem ser compreendidas como erro médico em virtude de serem decorrências das vicissitudes do próprio corpo humano e dos limites da ciência que persegue seu tratamento [...]" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 336).

[187] Registra Aguiar DIAS que a culpa aludida pelo Código Civil francês não pode ser equiparada à culpa subjetiva do direito justinianeu (embora muitos autores incorram no equívoco), diante do "uso ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse erro incorre o próprio legislador" (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 46).

parecer especializado de um perito ou junta médica.[188] Nesse caso, porém, por sua própria semântica, haveria o risco de o termo remeter, predominantemente, à noção de imperícia – e assim, de noção muito maior que a culpa, o erro médico acabaria por tornar-se noção muito menor. Seria necessário superar mais este desvio de aplicação para que a designação, coincidindo milimetricamente com a culpa, pudesse ser empregada sem acarretar, na prática, a desvirtuação da responsabilidade subjetiva.

Na realidade, nada impede que a culpa do médico receba a denominação de *erro* – ou, aliás, qualquer outra designação. Pondo-se de lado, porém, a regra segundo a qual se considera de má técnica jurídica diferenciar categorias se não houver diversidade de requisitos ou efeitos (e não parece haver, entre a responsabilidade civil do médico e a responsabilidade subjetiva em geral, qualquer divergência), fato é que a semântica do termo contribui sobremodo para o desprestígio do papel da culpa nos casos de imputação do dever de indenizar ao profissional da medicina. Se se pretende reafirmar o paradigma da culpa para a responsabilidade desse profissional (e dos profissionais liberais em geral, como determina o Código de Defesa do Consumidor), e afastá-la do mecanismo de responsabilidade objetiva, parece preferível, assim, evitar a terminologia, que em nada contribui para o estudo da matéria. O argumento pode ser fortalecido a partir de uma breve análise do fundamento principal da responsabilidade objetiva – o risco –, e de sua inadequação ao caso do médico.

3.2 **O risco ínsito à medicina contemporânea e sua incompatibilidade com o modelo de responsabilidade objetiva**

A culpa representou, por muito tempo, o grande fundamento da responsabilidade civil. Aos poucos, porém, e ainda na Europa do século XIX, "o dano causado por alguns tipos de acidentes deixou de ser aferido pela medida da culpabilidade".[189] A responsabilidade independente da demonstração de culpa foi prevista, por exemplo, pela legislação prussiana

[188] É o que busca fazer, por exemplo, Marcelo BENACCHIO: "A compreensão do erro médico não é tarefa fácil em virtude das muitas variantes possíveis, entretanto, independentemente da norma de responsabilidade civil incidente, podemos afirmar que o erro médico ocorre nas hipóteses em que o médico atua em desconformidade com as regras científicas relativas à sua atuação profissional" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 337).

[189] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 382, a que se faz referência para um histórico completo da evolução da responsabilidade objetiva na Europa e no Brasil.

do século XIX sobre acidentes ferroviários e sobre acidentes de trabalho, e admitida pela jurisprudência francesa do final do mesmo século, em casos como o paradigmático *affair Teffaine*, julgado pela Corte de Cassação em 1896, relativo à reparação paga pelo patrão ao empregado vitimado pela explosão de uma caldeira, à qual se aplicou a noção de risco profissional. A responsabilidade objetiva do Estado já havia sido reconhecida décadas antes, no *affair Blanco*, julgado pelo Conselho de Estado em 1873, no qual uma menina foi atingida por um vagonete de uma fábrica estatal de processamento de tabaco – que respondeu pelo dano com base na teoria do risco administrativo.

Todos os casos paradigmáticos, bem como as decisões que se seguiram a eles, tinham em comum ao menos um aspecto: neles, exigir que a vítima comprovasse a culpa do agente causador do dano equivalia a impedir que ela fosse de qualquer modo ressarcida, tratando-se de prova praticamente impossível.[190] A responsabilidade independente da indagação quanto à culpa do agente a quem se imputava o dever de indenizar passou a representar, nesse contexto, um sistema de maior proteção aos direitos das vítimas, nas hipóteses em que a prova da culpa era considerada "diabólica".[191]

Inicialmente, só se cogitava de responsabilidade independente de culpa em hipóteses excepcionais, expressamente previstas em lei. Assim ocorreu em outros ordenamentos e também no Brasil, como no paradigmático Decreto nº 2.681 de 1912, sobre a responsabilidade do transportador ferroviário por acidentes (embora o referido decreto ainda se ativesse à terminologia da "culpa presumida"), e em diversos outros diplomas posteriores. A doutrina, porém, já enunciava princípios gerais de aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo por influência germânica.[192] Paulatinamente, os casos de culpa provada previstos

[190] Leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: "A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 347).

[191] Registra Maria Celina BODIN DE MORAES: "a evolução econômica e social tornara claro que a tradicional responsabilidade subjetiva era insuficiente, qualitativa e quantitativamente, para tutelar diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade industrializada. Na nova realidade social, a reparação da vítima não poderia depender da prova impossível que identificasse quem, de fato, agiu de forma negligente para estabelecer a reparação de danos injustamente sofridos" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 391).

[192] Conforme relata Aguiar DIAS, a doutrina alemã buscou sistematizar as hipóteses de responsabilidade sem culpa desde a primeira metade do século XIX, por meio da enunciação de diversos princípios, tais como: o princípio do interesse ativo (responsabilidade por acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa), o

no Código Civil de 1916 passaram a representar presunções relativas, em alguns casos até mesmo presunções absolutas, equiparando-se aos requisitos da responsabilidade objetiva.[193] A Constituição de 1988 previu a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, §6º) e da atividade de exploração da energia nuclear (art. 21, XXIII, "c"). O Código Civil de 2002, enfim, além das numerosas hipóteses de responsabilização objetiva, previu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, em seu art. 927, parágrafo único.

Em todas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva por atos ou atividades próprios, um fundamento subjacente pode ser encontrado em substituição ao elemento da culpa: o risco.[194] Trata-se de noção com muitas acepções, e a definição do risco juridicamente relevante, ao menos para efeito de justificação da responsabilidade independente de culpa, há muito suscita viva controvérsia doutrinária.[195] Fala-se em risco-proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional, dentre muitos outros.[196] A melhor doutrina tem sustentado que

---

princípio da prevenção (não admissão da exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, enquanto não provar a incidência de uma causa externa para a produção do dano), o princípio da equidade ou do interesse preponderante (se o causador do dano é economicamente forte, alarga-se a responsabilidade, notadamente se o lesado for "pouco afortunado"), o princípio da repartição do dano (indenização do dano por meio de seguro ou a cargo do Estado) e o princípio do caráter perigoso do ato (concepção de que o homem cria para o seu próximo um perigo particular). A respeito, cf. *Da responsabilidade civil*, cit., pp. 54 e ss.

[193] Sobre esta evolução, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., pp. 184-185.

[194] Vale ressaltar que o risco não explica satisfatoriamente as hipóteses previstas em lei de responsabilidade objetiva pelos fatos de terceiros, ou de coisas, conforme assinala Maria Celina BODIN DE MORAES: "Em princípio, tem-se afirmado que todas as hipóteses [de responsabilidade objetiva] provêm da noção extrajurídica de risco, mas parece difícil inserir no mesmo fundamento ético-jurídico a responsabilidade pela atividade de risco propriamente dita (prevista na cláusula geral do parágrafo único do art. 927) e a responsabilidade dos pais pelos atos culposos dos filhos menores, por exemplo – responsabilidade que também independe de culpa por força do art. 932, I, do Código Civil" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 398). Assim, o fundamento que permitiria unificar todos os casos de responsabilidade objetiva, em uma perspectiva civil-constitucional, deve ser buscado no princípio da solidariedade. Afirma a mesma autora: "Caberá, então, buscar o fundamento ético-jurídico que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilidade objetiva em todas as hipóteses em que ela se manifesta: é o princípio da solidariedade social" (Ibid., p. 400).

[195] Pondera Maria Celina BODIN DE MORAES: "A ideia subjacente à responsabilidade subjetiva possui raízes tão profundas na cultura ocidental que nunca foi preciso, realmente, explicar por que a culpa enseja responsabilidade, sendo ela própria a sua razão justificadora. Justamente por isso, quando se trata de analisar uma responsabilização que da culpa independe, estabelece-se uma discussão infinita, para além da própria previsão normativa, buscando-se explicitar a *ratio* normativa como um meio de escapar da ideia de que critérios objetivos de imputação decorram exclusivamente do arbítrio do legislador" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 397).

[196] Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: "Como sói acontecer, especialmente no surgimento de uma nova doutrina, logo se multiplicaram os seus extremos. Daí surgiram, em torno da ideia central do risco – configurações que se identificam como certas modalidades ou especializações. Assim é que, para alguns, responsável é aquele que tira o proveito, raciocinando que onde está o ganho aí reside o encargo – *ubi emolumentum ibi onus*. Esta concepção batizou-se com o nome de teoria do risco proveito. Para outros o que prevalece é o risco profissional, considerando o dever de indenizar quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Num outro sentido, dá-se realce à ideia segundo a qual a reparação é devida

o conceito de risco adotado pela sistemática de responsabilidade objetiva do Código Civil seria o do risco *criado* pela atividade, independente do proveito econômico que o causador do dano tenha auferido da mesma.[197]

Assim, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ao prever o regime de responsabilidade independente de culpa nas hipóteses em que a "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", embora de difícil interpretação, parece fazer referência não a qualquer espécie de risco – diz-se com frequência que toda atividade envolve alguma espécie de risco –, mas sim de um risco qualificado. Com efeito, "partindo-se do princípio de que o sistema inteiro não se pode ter tornado objetivo, estando a responsabilidade subjetiva consagrada no art. 927, *caput*", torna-se necessário delimitar o conceito de risco.[198] Assim, tem-se compreendido, com amparo na experiência estrangeira, que atividades de risco, para fins de responsabilização objetiva, devem ser interpretadas como atividades estatisticamente perigosas, causadoras de danos em grande número e grave intensidade.[199]

Semelhante panorama, ainda que muito breve, do risco como fundamento da responsabilidade objetiva já se mostra suficiente para uma comparação entre o mecanismo da indenização independente de culpa e a natureza do exercício da medicina. Não se verifica, com efeito, qualquer dúvida quanto ao fato de a medicina ser, *em sentido amplo*, uma *atividade de risco*.[200] Ao contrário, sempre se entendeu que o risco era um aspecto

---

quando o dano é consequência de um risco excepcional, que escava da craveira comum da atividade da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 356-357).

[197] Assim já reconhecia, pioneiramente, Caio Mário da Silva PEREIRA: "É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. [...] A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 376-377).

[198] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 405.

[199] Na observação de Maria Celina BODIN DE MORAES: "E o que será uma atividade de risco? Atividades que 'por sua natureza' geram riscos para os direitos de outrem são as atividades perigosas. A propósito, a doutrina italiana adota comumente dói critérios para definir as atividades perigosas, previstas pelo art. 2.050 do Código Civil italiano. São eles: i) a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão e ii) a gravidade de tais danos. A atividade é considerada perigosa, portanto, quando, do ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. Tais critérios, a serem aproveitados em nosso ordenamento, criam um *standard* flexível que será definido pela inter-relação destes dois elementos: a magnitude do dano e a sua probabilidade" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 407).

[200] Afirma, por exemplo, Heloisa Helena BARBOSA: "As práticas médicas inscrevem-se no rol das atividades que, normalmente desenvolvidas, implicam por sua natureza risco para os direitos de outrem" (Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido, cit., p. 214). Veja-se, ainda, Marcella OLIBONI: "existem no mercado de consumo poucas atividades mais perigosas do que aquela exercida pelo profissional médico. O risco é intrínseco ao exercício da medicina (periculosidade latente). Qualquer falha pode ser fatal. O médico lida com vidas e, por isso, há um risco inerente à sua atividade, um risco

indissociável da profissão médica. Afirma Miguel Kfouri Neto: "Viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa esses riscos".[201] E, com o avanço da ciência e a complexificação da sociedade, a tendência inevitável parece ser a intensificação desses riscos.[202]

Que espécie de riscos estão, porém, envolvidos no exercício da medicina? Tratar-se-ia de uma atividade *perigosa* como aquelas que justificam, de modo geral, a adoção da responsabilidade objetiva por atos próprios – consagrada na cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do Código Civil? Tal tese seria de difícil sustentação. De fato, o cerne da atuação do médico parece ser justamente lutar contra grande parte dos riscos envolvidos na prática da medicina: a enfermidade em si (à qual não deu causa, e busca curar), a incerteza da ciência médica (que não apresenta respostas a todas enfermidades, e cujos riscos são ao menos parcialmente imponderáveis), a incerteza quanto à reação do organismo do paciente ao tratamento ou mesmo quanto ao cumprimento, pelo enfermo, do tratamento prescrito etc.

Alguns autores, sensíveis a este aspecto, afirmam que "a atividade do médico não é geradora de riscos para o direito de outrem; muito pelo contrário, através dessa atividade se busca [m] minorar os riscos".[203] Embora parcialmente imprecisa (já que a intervenção médica pode, sim, incrementar os riscos existentes ou criar novos riscos para o enfermo – fala-se em iatrogenia[204]), a afirmativa mostra-se de todo procedente: ao contrário de outras atividades, estatisticamente perigosas e geradoras de danos em larga escala, nas quais o *risco criado*

---

intrinsecamente atado à própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação. Assim, o paciente que vai se submeter a um ato cirúrgico, por mais simples que seja, sabe que corre riscos. E riscos inerentes ao ato. O que o médico tem que observar é o dever de informar a esse paciente que riscos são esses" (Responsabilidade civil do médico no CDC. Aspectos relevantes, cit., p. 348).

[201] Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 212.

[202] Segundo Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "o fantástico desenvolvimento da ciência determinou o aumento dos recursos postos à disposição do profissional; com eles, cresceram as oportunidades de ação e, consequentemente, os riscos. A eficácia é o que caracteriza a medicina moderna, a tal ponto que o médico e o biologista contemporâneos não se contentam somente em prevenir ou tratar as doenças, mas se propõem a superar a deficiência de uma função natural, substituir esta função ou modificar características naturais do sujeito. Essa eficácia, entretanto, é inseparável de três outros elementos, seguidamente desconhecidos do leigo: agressividade, perigosidade e complexidade" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 136).

[203] A afirmativa é de Henrique FREIRE, em capítulo significativamente intitulado "Atividade médica não é atividade de risco". Veja-se a argumentação na íntegra: "Cabe desde logo esclarecer aqui que a rigor a atividade do médico não é geradora de risco para direito de outrem: muito pelo contrário, através dessa atividade se busca[m] minorar os riscos decorrentes da patologia que o paciente apresenta e, nessa atividade, inúmeras complicações naturais poderão surgir no curso do tratamento implicando, mesmo, em lesão ou morte do paciente. Importante notar que 'complicação' não é sinônimo de ato médico irregular; porém, a falta de informação sobre a existência e o risco de uma complicação seria um ato médico irregular" (*A responsabilidade civil na área da saúde privada*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010, p. 119). Remata o autor: "Em suma, o grande risco é a própria doença, início e fonte de todos os demais riscos!" (o.l.u.c.).

[204] Sobre a iatrogenia, v. item 3.4.3, *infra*.

mostra-se uma consequência paralela ao objeto central perseguido pelo agente, no caso da medicina (e, vale frisar, das profissões liberais em geral) o objetivo nuclear da atividade é de eliminar ou minimizar riscos, em geral, *alheios* ao médico – ínsitos à própria ciência, ou à falta dela, mas não decorrentes da conduta médica –, bem como evitar a criação ou o incremento de riscos pela conduta do próprio profissional. Nesse sentido, nas profissões liberais e, sobretudo, na medicina, o risco corre tanto contra o cliente quanto contra o profissional, já que sua superveniência significa o fracasso da atividade;[205] nas atividades perigosas que ensejam a responsabilidade objetiva, ao contrário, a ocorrência do risco normalmente constitui efeito colateral (de grande repercussão) ao sucesso do empreendimento.

Trata-se, como se percebe, de riscos muito diferentes – e a polissemia do termo *risco* tem dificultado, com frequência, importantes distinções. E, se as várias espécies de risco não fossem suficientes para distanciar o exercício liberal da medicina do mecanismo de responsabilidade civil objetiva, um outro argumento, já tangenciado ao se evidenciar a diferença de *ratio* entre o direito do consumidor e a atividade médica,[206] parece ratificar esse distanciamento. Na perspectiva civil-constitucional, toda e qualquer regra jurídica deve ser aplicada à luz dos princípios e valores insculpidos na Constituição, núcleo axiológico do ordenamento. Neste aspecto, o fundamento último para a imputabilidade do ônus econômico de certos riscos aos agentes que desenvolvem as atividades (lícitas) a eles vinculadas repousa no princípio da solidariedade social. É a solidariedade que, atuando como contraponto ao princípio da liberdade (*in casu*, especificada na liberdade de iniciativa),[207] faz pesar sobre

---

[205] Isso ocorre porque não se verificam, entre médico e paciente, em princípio, interesses distintos. Registra Adriana Espíndola CORRÊA: "a boa-fé, como fundamento do dever de informação, assume conteúdo diverso na relação médico-paciente. Primeiro, levando-se em conta que é uma relação integralmente baseada na confiança, em que não se pode falar em conflitos diretos de interesse, já que se pressupõe, em tese, um interesse comum entre as partes: a saúde do paciente [...]. Portanto, exige-se comportamento diverso daquele exigível em um contrato de compra e venda, no qual há normalmente interesses opostos explícitos. Além disso, porque a cláusula geral da boa-fé, princípio implícito no texto constitucional, deve ser concretizada em observância aos direitos fundamentais, diretamente envolvidos nessa relação" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 148).

[206] V. item 2.4, *supra*.

[207] "Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar dentro da sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber o mítico *homo clausus*, cujo epíteto é o 'indivíduo', tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos 'fundamentalmente organizados' para viver em meio a outros" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana*, cit., p. 249).

certos agentes o ônus do pagamento das indenizações, como forma de garantia de que as vítimas não restarão irressarcidas.[208]

Esta lógica não pode ser aplicada ao caso do médico que atua como profissional liberal. Fazer incidir sobre o médico um regime de responsabilidade civil objetiva corresponderia a uma falsa crença de proteção a vítimas em potencial. O médico, atuando individualmente, não dispõe de meios para arcar com o custo das indenizações. A renda auferida com o exercício da profissão não pode ser indefinidamente expandida, já que sua capacidade de trabalho é limitada (trata-se, com efeito, normalmente de sua própria capacidade individual), e seus honorários não conseguem absorver o custo diluído de um número crescente de indenizações a que poderia ser condenado caso sua culpa não fosse levada em consideração como requisito de sua responsabilidade (sobretudo em se tratando dos honorários, com valores tabelados, que recebem os médicos conveniados a empresas operadoras de planos de saúde).

Um caminho bastante frequente em hipóteses tais de responsabilidade objetiva são os seguros de responsabilidade civil – primeiro voluntários, depois obrigatórios.[209] Proporcionalmente ao número de indenizações, aumenta a necessidade da contratação de seguros, que passam a constituir, praticamente, um pré-requisito para o exercício profissional,[210] até o ponto em que se tornam, de fato, obrigatórios. A técnica, bem sucedida em setores como, por exemplo, os de acidentes de trânsito causados por veículos automotores

---

[208] Na lição de Maria Celina BODIN DE MORAES: "o que se faz é subverter a antiga coerência do sistema, superando, em cada vez mais numerosos casos, a antiga finalidade de identificação do culpado. Isto ocorre pela atribuição de uma responsabilidade, sem culpa, com o objetivo de proteger os direitos das vítimas injustamente lesadas, realizando assim um verdadeiro compromisso com a solidariedade social. Com tal fundamento, quem suportará o dano causado no contato social não será mais a vítima, mas aquele que gera, com a sua atividade, a mera 'ocasião' ou a 'oportunidade' de dano, à qual sucede, de fato, um dano: para este (agora) responsável se deslocará o custo do dano, que poderá ser repartido entre os membros da coletividade através de diversos mecanismos, inclusive o do aumento do preço dos serviços e das atividades em geral" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 401).

[209] Conforme registra Maria Celina BODIN DE MORAES, muitos autores adeptos da teoria do risco consideram "a responsabilidade objetiva como um técnica transitória que será, mais dia, menos dia, substituída pela ampla difusão dos seguros obrigatórios" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., pp. 399-400).

[210] Relatam Josias Jacintho BITTENCOURT e José Luiz Gavião de ALMEIDA: "Nos Estados Unidos, por exemplo, a responsabilidade civil tem sido debatida sob o prisma de 'indústria das indenizações'. No âmbito das preocupações e cautelas com a responsabilidade médica, os cirurgiões costumam realizar procedimentos somente após contratar seguros médicos. Com possibilidades justas ou injustas de pacientes e familiares questionar imprudência, negligência ou imperícia médica nos diagnósticos e tratamentos terapêutico-cirúrgicos, eles temem ação judicial com todos os seus reflexos técnico-econômicos quando os resultados são considerados 'insatisfatórios' para o paciente-familiar" (Responsabilidade médica: abordagens históricas e contemporâneas. *Revista Symposium – FADMINAS*. Volume 9, Número 1, jan-jun/2011, p. 147). Noticiou-se, recentemente, que não há mais obstetras disponíveis em Nova Iorque, tendo em vista os custos proibitivos dos seguros de responsabilidade civil.

de via terrestre,[211] não se mostra a mais adequada para o caso das profissões liberais. Em outros países, nos quais já se preveem seguros obrigatórios para determinadas especialidades médicas, observa-se evidente evasão de profissionais dessas áreas,[212] diante dos valores – via de regra, muito elevados – dos prêmios.[213]

Vale registrar que o exercício profissional corresponde a um aspecto da própria dignidade do médico, e não pode ser desvalorizado. A solidariedade social deve incidir sempre que corresponder à promoção do princípio – tendencialmente absoluto – da dignidade humana, do qual constitui um dos principais corolários;[214] a responsabilidade objetiva, decorrente do princípio da solidariedade, não faria sentido em um cenário no qual os pacientes

[211] Os seguros obrigatórios no Brasil, dentre os quais figura o DPVAT (seguro obrigatório contra danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não), encontram-se previstos, em sua maioria, nas alíneas do art. 20 do Del. 73/1966.

[212] Em estudo oficial feito sobre o aumento dos prêmios de seguros obrigatórios de responsabilidade civil do médico na Nova Zelândia, constatou-se que para muitas especialidades o custo dos seguros se tornara quase proibitivo do exercício profissional: "*It was widely reported that many doctors, particularly private specialists in rural areas, were finding that the viability of their practices were threatened by the rising cost of indemnity insurance. For example, doctors working in small rural areas, who provided obstetric services to only a handful of patients, were reported to be finding the indemnity cost of their obstetrics services prohibitive, as they did not make enough money from their few patients to cover their indemnity burden*" (CALLINAN, Rachel. *Medical negligence and professional indemnity insurance*. Disponível em: <www.parliament.nsw.gov.au>. Acesso em: 18.11.2012).

[213] O controle dos valores dos seguros obrigatórios mostra-se um problema de difícil resolução, conforme analisado em estudo sobre essa matéria na Bélgica: "[...] *it seems fairly obvious that compulsory liability insurance will only increase social welfare if actual premiums do not highly exceed the actuarily fair level of premiums and if they correspond with the individual demand for insurance of the insured involved. The description of the insurance practice in Belgium has demonstrated that for several reasons premiums are rather high. First, it should be stressed that there is no detailed individualization of premiums.* […] *A detailed individualization of premiums which would show which professionals are the good and which are the bad risks, would be contrary to the independence and dignity of professionals. Classification of risks is of course desirable from an insurance point of view. However, a detailed classification might generate more costs than benefits. A classification which would take into account differences between professionals, such as age and the grade obtained at university, might be more costly than the advantage in individualization of premiums.* […] *This can be illustrated by the case of doctors. Although liability insurance in that case is organized without an intervention of the professional organization, no detailed individualization is applied, even though this could be efficient. Apparently insurers consider themselves unable to monitor members of 'a respectable profession'.* […] *Premiums exceed the actuarily fair level not only because a lack of individualization, but also due to the desire for secrecy inherent in professional ethics. Both in case of doctor's and attorney's liability insurance, the insured professional has the right to negotiate with the injured person on a liability claim and such settlement will in principal be honoured by the insurance company. Hence, the insurance company will often pay, even if liability has not been established in a court decision. This will of course lead to an increase of premiums*" (FAURE, Michael; VAN DEN BERGH, Roger. Compulsory insurance for professional liability. *The Geneva papers on risk and insurance*. Volume 14, número 53, October/1989, pp. 326-327).

[214] Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: "o princípio da solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana" (*O princípio da dignidade da pessoa humana*, cit., pp. 250-251).

não sairiam necessariamente mais protegidos, e os médicos teriam sua prática profissional dificultada ou obstaculizada.[215]

Desse modo, se antes já se havia demonstrado a compatibilidade da técnica da responsabilidade subjetiva com os casos de responsabilidade civil do médico, pode-se afirmar, por outro lado, que a alternativa da responsabilidade objetiva mostra-se estruturalmente inadequada. Devem ser evitadas, assim, todas as aplicações da responsabilidade civil do médico que representem um desprestígio do papel da culpa como um de seus requisitos – tais como: a inversão indiscriminada do ônus da prova em desfavor do médico, todas as hipóteses em que se sustenta a culpa presumida, a teoria da *res ipsa loquitur*, a equiparação entre erro médico e culpa, a caracterização da medicina como "atividade de risco" na acepção do Código Civil etc.

3.3 **A tutela da dignidade do paciente para além da responsabilidade civil**

A revalorização do papel da culpa na responsabilidade civil do médico, defendida até este ponto, não pode significar, por outro lado, um retrocesso na tutela da dignidade do paciente. Com efeito, toda a tendência em direção à objetivação da responsabilidade civil do médico (com o desprestígio da culpa como um de seus requisitos) teve por inspiração, indubitavelmente, a necessidade de proteção dos clientes desses profissionais. Cabe, assim, tecer alguns comentários acerca deste outro fundamental aspecto da questão.

Conforme amplamente difundido, o art. 1º, inciso III da Constituição de 1988 instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira. A formulação permitiu adotar no ordenamento jurídico pátrio a mudança metodológico-dogmática que, provavelmente, representou a maior alteração sofrida pelo direito civil nos últimos séculos: a funcionalização das situações jurídicas à promoção do desenvolvimento da

[215] Mais ainda, vale observar que a técnica da responsabilidade mediante a demonstração da culpa também desempenha importante papel no processo de prevenção do custo social de acidentes, que não deve ser atribuído apenas à responsabilidade objetiva. Veja-se a lição de Giuseppe MONATERI: "*la colpa è il criterio generale di prevenzione del costo sociale degli incidenti : essa, infatti, addossando agli agenti il costo di ciò che non hanno impedito li costringe a investire razionalmente in sicurezza minimizzando l'occorrenza degli incidenti stessi. Si tratta di una decisione razionale giacché sarebbe inefficiente investire 60 in sicurezza quando il valore attuale dei danni attesi è solo 50. Una società orientata in ultraprevenzione perderebbe 10 e a lungo andare sarebbe condannata dalle sue inefficienze dovute a eccesso di sicurezza*" (Colpa e legge fra Oriente e Occidente, cit., p. 32).

pessoa humana. Trata-se do processo usualmente referido como *despatrimonialização* do direito civil – não no sentido de se negar existência às relações jurídicas patrimoniais, mas sim de conferir-lhes nova fundamentação, apenas se justificando sua tutela na medida em que promovam o projeto constitucional de tutela da pessoa humana.[216]

Afirmar que todas as situações jurídicas subjetivas devem ser funcionalizadas em relação à promoção da dignidade humana equivale a compreender que os institutos civilísticos não mais encontram seu substrato axiológico na defesa de valores individuais; sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, impôs-se a necessidade de passar a considerar o homem, não mais isoladamente, mas em seu contexto social, titular de uma dignidade decorrente de sua própria humanidade.[217] A cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana[218] promoveu, assim, significativa mudança de perspectiva no direito civil,[219] que deixou de compreender o indivíduo como mero sujeito de direitos a serem tutelados para identificá-lo como pessoa humana, cuja dignidade figura como valor e interesse socialmente relevantes e elemento central norteador de nosso ordenamento.[220]

---

[216] Afirma Pietro PERLINGIERI: "Com isso não se projeta a expulsão ou a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para 'humilhar' a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 121).

[217] A respeito, v. Maria Celina BODIN DE MORAES: "O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, mas não só; não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante; não apenas conduzindo somente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do sistema de direito civil – de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico. [...] Pretende-se hoje – melhor, exige-se – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade" (Constituição e direito civil: tendências. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 48-49).

[218] Adotam a designação "cláusula geral de tutela", dentre muitos outros: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 154; BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 112; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

[219] Afirma Gustavo TEPEDINO que a cláusula geral de tutela da pessoa humana "opera a funcionalização das situações jurídicas e patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado" (Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, 2000).

[220] Na lição de Pietro PERLINGIERI, a respeito da Constituição italiana, mas de todo aplicável ao caso brasileiro: "A presença, na Constituição [italiana], de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana (art. 2), leva a excluir a tipicidade dos direitos da personalidade em termos quantitativos e

O princípio da dignidade humana, cuja enunciação se atribui, em geral, à matriz kantiana,[221] representa o resultado de longo caminho percorrido pelos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, e pelo direito internacional como um todo, em direção à superação do individualismo característico do pensamento liberal e à adoção de uma postura positiva do Estado na preservação da dignidade humana não em prol do indivíduo, mas de toda a coletividade, e em todas as hipóteses, proporcionalmente ao grau de vulnerabilidade observado no caso concreto.[222]

No caso específico do paciente em relação ao médico, sua vulnerabilidade mostra-se evidente. Via de regra, nas profissões liberais costuma-se verificar um desequilíbrio entre profissional e cliente, na medida em que o primeiro conta com os conhecimentos técnicos dos quais o segundo é privado (e, justamente por isso, dos quais necessita). Não à toa, um dos principais aspectos do exercício legítimo das profissões liberais reside nas informações fornecidas pelo profissional ao cliente (e vice-versa).[223] Particularmente quanto à medicina, porém, o cliente mostra-se ainda mais vulnerável: na condição de paciente, encontra-se ele, em geral, afligido por alguma enfermidade ou condição psicofísica que ameaça seu bem-estar, sua integridade ou mesmo sua vida.[224]

---

permite considerar de forma qualitativamente diversa, o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 585).

[221] Afirmam Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI: "Tomar o ser racional como fim é condição de possibilidade para sustentar a possibilidade universal de informar a autonomia do indivíduo pela razão prática. Nota-se, de plano, que a moral kantiana é, sob esse aspecto, próxima daquilo que viria a se reputar uma ética da alteridade – embora o fundamento seja diverso, bem como a própria forma de se encarar a dimensão coexistencial do ser humano. Não é moral, por conseguinte, a conduta que conduza a negar ao próprio sujeito ou a outrem a condição de fim em si mesmo. Segundo Kant, tudo o que se coloca como fim tem ou um preço ou uma dignidade. Terá dignidade aquilo que não pode ser mensurado de modo a se lhe estabelecer preço. O homem, nessa esteira, teria dignidade" (A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 35. Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2008, p. 105). V., ainda, Rose Melo Vencelau MEIRELES: "Com efeito, o que coloca a pessoa na condição de sujeito é a sua distinção das coisas, sendo Kant muito citado porque agrada a ideia do homem como fim, nunca como meio. Trata-se da conhecida fórmula do sujeito-objeto, segundo a qual desumano é tratar a pessoa como objeto, uma vez que a mesma se posiciona sempre como sujeito da ação" (*Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 100).

[222] "O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem se pode observar, deve fazer referência à proteção da pessoa concreta, não se reduzindo ao 'sujeito virtual' abstratamente considerado, reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação" (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo, cit., p. 102).

[223] V. item 1.3, *supra*.

[224] A respeito, veja-se a Resolução CFM 1.627/2001: "Esta superioridade relativa decorre da vantagem que o profissional leva em matéria de conhecimento. Mas é muito mais evidente nas profissões denominadas de saúde, nas quais, na maioria das vezes, o cliente vê ampliada essa desigualdade frente ao agente profissional porque está vivendo uma situação de maior ou menor vulnerabilidade (dor ou outra manifestação de sofrimento, medo, insegurança, ameaça ao próprio bem-estar, à integridade estrutural ou funcional ou, mesmo, à vida)".

Nesse cenário, a revalorização da culpa como fator de contenção do surgimento ilegítimo do dever de indenizar do médico não pode ser usada como subterfúgio para o esvaziamento da fundamental tutela do paciente. Não se propõe, assim, que o controle dos casos de responsabilidade civil do médico a partir do resgate do papel da culpa acarrete a impossibilidade de ressarcimento do enfermo; ao contrário, sempre que tiver o profissional faltado com a devida diligência (culpa *lato sensu*), deve ele responder pelo dano que causou, uma vez que rompeu com a confiança que legitimamente se deposita no trabalho de um especialista. Se, porém, não se afigura legítimo alocar nas mãos do médico o risco inerente à sua própria profissão, não se pode admitir o surgimento do dever de indenizar se não houve conduta culposa do médico, ao argumento de que o paciente dependeria desse ressarcimento como sua principal forma de tutela.

De fato, a responsabilidade civil não se revela o único instrumento de proteção e promoção da dignidade humana – na verdade, trata-se de um instrumento secundário, sobretudo nas hipóteses de danos morais por violação à integridade psicofísica (como são, em muitos casos, os danos causados pelo exercício da medicina), já que a compensação pecuniária não se mostra capaz de reverter o abalo já sofrido pela dignidade do paciente. Afirma-se, nesse sentido, que a responsabilidade civil disciplina um momento patológico, de lesão à dignidade, ao passo que a tutela integral da dignidade humana demanda uma tutela positiva, promocional, que busque a prevenção antes da compensação – em uma palavra, que atue no momento fisiológico, enquanto não houve ainda lesão.[225]

Assim, no que importa à efetivação da tutela ao paciente, muito mais útil do que propugnar por um aumento dos casos de responsabilização do médico seria buscar uma releitura da relação entre o cliente e o profissional, com a valorização das informações trocadas entre ambos, a construção de um vínculo de confiança e o respeito às aspirações e

[225] Nesse sentido, indispensável a lição de Pietro PERLINGIERI: "Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais se pode realizar a pessoa. [...] Por outro lado, a tendência, um tempo dominante, que se propõe a esgotar a problemática dos chamados direitos da personalidade no momento patológico da violação ou da lesão, e, portanto, no ressarcimento do dano, lesa em consideração apenas as atitudes subjetivas e as situações que visam impedir, ou, de toda sorte, dificultar a realização do bem. Ao contrário, devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos e fisiológicos. A tutela do momento patológico demonstra justamente que o interesse é relevante também do ponto de vista substancial: reconhecer o dever de não interferência de terceiros significa que a pessoa é considerada pelo ordenamento como interesse protegido. [...] Nem se pode negar que a promoção da pessoa constitua um interesse substancial, pois, sendo a integridade psicofísica um bem indisponível, ao sujeito não é dado o arbítrio de permitir a interferência de terceiros" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 766-767).

expectativas pessoais do paciente. Nesse aspecto, têm-se desenvolvido largamente os estudos acerca do *consentimento informado*, importante elemento de proteção da vontade do paciente e de legitimação da conduta médica. Embora não resolva plenamente os problemas relacionados à plena compreensão do paciente acerca de sua condição de saúde e de todos os aspectos do tratamento proposto (se é que essa plena compreensão é possível), [226] a difusão da necessidade do consentimento do enfermo indica uma crescente preocupação na construção dialogicamente íntima da relação médico-paciente, sendo por isso de grande valia para a efetiva tutela das personalidades de ambos – e, sobretudo, do cliente, parte evidentemente mais vulnerável da relação.[227]

Por outro lado, vale ressaltar, em inúmeras ocasiões o paciente terá amplas garantias de compensação pecuniária, quando, tendo sido atendido pelo médico funcionário de um hospital, clínica ou outra instituição, pública ou privada, e havendo nexo causal entre esse atendimento e o dano, poderá ser indenizado pela pessoa jurídica. As pessoas jurídicas prestadoras de serviços médicos respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes, uma vez que se submetem ao regime do Código de Defesa do Consumidor.[228] Caso os danos ao paciente decorram da prestação de serviços por médico que pertença a seu quadro

---

[226] A respeito, vejam-se as ponderações críticas feitas por Adriana Espíndola CORRÊA: "O conceito de consentimento livre e esclarecido exigido ética e juridicamente pressupõe essas informações que devem servir de base para a tomada de decisão. Todavia, a redução da questão do poder médico a um problema a ser resolvido mediante o equilíbrio entre uma posição paternalista do médico e a autonomia do paciente, reforçada pelo direito à informação, está desfocada de uma perspectiva mais ampla que é a da inserção social e institucional da relação médico-paciente. Nesse prisma, deve-se refletir sobre os poderes que sustentam e constituem essa relação, e são produzidos pelo discurso da ciência médica" (*Consentimento livre e esclarecido:* o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010, pp. 134-135).

[227] O consentimento informado, suas condições ideais e suas implicações para a bioética e para o biodireito constituem temas de rico desenvolvimento doutrinário, que fogem ao escopo do presente trabalho, cujo enfoque principal dirige-se aos elementos técnicos da responsabilidade civil do médico. No entanto, para breves considerações sobre a matéria, cf. item 3.4.4, *infra*.

[228] V., por todos, DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 307. Tais danos podem decorrer de falha no serviço de hospedagem oferecido ao paciente (respondendo, neste caso, o hospital ou clínica objetiva e individualmente) ou, em vez disso, da prestação do serviço médico em si. Na lição de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermaria, etc.); se dispuser de um corpo de médicos, seus empregados, também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 152). Veja-se, ainda, Gustavo TEPEDINO: "Duas espécies de danos, em síntese, poderão ocorrer: no que tange aos danos causados pelos serviços hospitalares, no âmbito do chamado contrato de hospedagem, atinentes aos exames, à enfermaria, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial, a responsabilidade é objetiva, tanto pelo funcionamento defeituoso de equipamentos como pela falha dos prepostos (pessoal paramédico). Neste caso, poderá o hospital ou clínica responsabilizada exercer o direito de regresso contra o encarregado que tenha culposamente causado o dano (art. 13, parágrafo único, CDC). Incluem-se ainda nesta categoria as hipóteses de infecção hospitalar associadas a um serviço de assepsia defeituoso, ou seja, as infecções que não provêm de caso fortuito, derivadas do alarmante desenvolvimento de novos vírus e bactérias" (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 98).

de funcionários, a responsabilidade da clínica ou hospital particular será solidária à do profissional liberal.[229] Trata-se da responsabilidade objetiva do empregador pelos atos do empregado, prevista pelo art. 932 do Código Civil, de tal modo que a pessoa jurídica responderá objetivamente, desde que tenha o médico agido culposamente.[230] No que tange ao atendimento na rede pública, a regra é a do art. 37, §6º da Constituição, determinando-se a responsabilidade objetiva do ente público responsável (neste caso, a culpa do médico apenas importará para eventual pretensão de regresso do Estado em face do profissional). Todas essas hipóteses não estão abrangidas pelo presente trabalho, que buscou fixar-se na responsabilidade pessoal do profissional liberal.

3.4 **Em busca de critérios para a identificação da culpa nas hipóteses de erro médico**

[229] Hipótese distinta é aquela em que o médico apenas usa as dependências do hospital ou da clínica, sem que haja entre o profissional e a pessoa jurídica a relação preposto-preponente. Neste caso, a responsabilidade será exclusiva do próprio profissional liberal, não cabendo qualquer dever de indenizar à pessoa jurídica, que apenas cedeu suas dependências para a prestação de serviços pelo médico. Afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: "Se o médico não pertence ao hospital, e apenas se utiliza dele, a responsabilidade é pessoal" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 210).

[230] Ilustrativamente: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Óbito do filho dos autores. Síndrome de Stevens-Johnson. Ausência de provas de conduta médica imprudente, negligente ou imperita. Inexistência do dever de indenizar. Sentença mantida. Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos, embora a pessoa jurídica tenha culpa objetiva, deve ser feito um exame da conduta do profissional sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Isso porque, a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos e enfermeiros que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. (REsp. 258389/SP). Hipótese em que o contexto probatório revelou que em todo o atendimento prestado ao filho dos autores pelos médicos e nosocômio demandados, através de seu corpo médico, não realizou qualquer agir negligente, imperito ou imprudente, razão por que não há como imputar qualquer falha ou defeito na prestação do serviço médico-hospitalar [...]" (TJRS, Ap. Civ. 70043047182, 9ª C.C., Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julg. 20.7.2011). Sobre a relação empregatícia entre médico e hospital, v., exemplificativamente: "Os hospitais não são prestadores de serviços médicos e de enfermagem, mas dedicam-se a atividades que dependem de profissionais que prestem tais serviços. Nesse caso, os médicos e enfermeiros não atuam como profissionais liberais, mas fazem parte de um sistema voltado à prestação de serviço público de assistência à saúde, mantendo com os hospitais relação empregatícia e não societária. Precedente desta Corte no REsp. 653.149/RS (Rel. Min. Luiz Fux) [...]" (STJ, REsp. 968.510, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 6.3.2008). Recentemente, o STJ responsabilizou o hospital pelos atos de médicos que, embora sem vínculo empregatício com a instituição, foram por ela indicados: "a mulher foi internada nas dependências do hospital e submetida à intervenção cirúrgica por recomendação de médico da própria Santa Casa da Misericórdia. A equipe médica foi indicada pela instituição hospitalar e não houve contratação de profissional de confiança da paciente, o qual tivesse se servido das instalações e dos serviços do hospital, hipótese em que este responderia objetivamente apenas por tais serviços e instalações. [...] o fato de os profissionais causadores do dano não terem vínculo de emprego com a instituição hospitalar não exime o hospital de responder pelo ato médico culposo, uma vez que os médicos foram escolhidos pelo hospital para realizar o ato cirúrgico" (A decisão, proferida no curso do REsp. 774963, de relatoria da Min. Isabel Gallotit, foi divulgada em 8 de fevereiro de 2013 em notícia intitulada "Insatisfação de paciente com cirurgia de redução de mama não justifica indenização", de onde se extraiu o trecho citado. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 9.2.2013).

Boa parte das obras dedicadas à responsabilidade civil do médico, como já aludido, costuma partir da enumeração de casos concretos de culpa para a previsão abstrata de "tipos" ou "hipóteses" de responsabilidade civil do médico. A esse tratamento fragmentado, dificilmente conducente à construção de uma teoria geral da responsabilidade médica, pode ser atribuída, ao menos em parte, a tendência ao agigantamento dessa responsabilidade: diante de uma tutela incipiente ao enfermo, proporcionada por semelhante postura "tipificadora" de hipóteses, e na esteira da evolução tecnológica que aumentou sobremaneira a perspectiva de vida e, consequentemente, a possibilidade de danos ao paciente (para além dos erros grosseiros, mais facilmente indicáveis), reduziu-se o papel da culpa, obscurecida pela figura do "erro médico" ou mesmo suprimida pelas propostas de uma dissimulada responsabilidade objetiva com base no risco ínsito à medicina.

Afirmando-se, porém, que o paradigma da culpa (portanto, da responsabilidade subjetiva) continua a justificar-se para a atividade médica – e, na verdade, faz mais sentido do que antes, conforme se compreende que os riscos se incrementam também para o médico com o avanço da marcha técnico-científica –, e evidenciando-se que um mecanismo de responsabilidade civil menos amplo não significa uma proteção menos intensa ao paciente (cuja dignidade há de ser tutelada também, mas não somente, por meio de instrumentos reparatórios), cumpre investigar como a culpa pode ser identificada no cenário jurídico contemporâneo. Para esta tarefa, utilizar-se-ão hipóteses comuns de responsabilidade civil do médico, apenas a título ilustrativo, e não mais com o intuito de prever elencos abstratos de "tipos de culpa". Pela observação das dificuldades oferecidas, sobretudo no campo probatório, por esses casos concretos, o caminho para um novo sistema de verificação da culpa torna-se, se não mais fácil, ao menos mais claro: cumpre, assim, começar a percorrê-lo.

3.4.1 *Erros de diagnóstico*

Talvez a mais emblemática função desempenhada pelo médico seja a do *diagnóstico*. Entende-se por diagnóstico o procedimento de identificação de determinada enfermidade a

partir da observação de seus sintomas peculiares.[231] "Trata-se de procedimento fundamental na atividade profissional do médico, dele derivando a prescrição de medicamentos, a dieta alimentar, a necessidade de hospitalização ou de intervenções cirúrgicas, os exames e as técnicas terapêuticas a serem empregados na cura".[232] Em torno do diagnóstico, portanto, giram todas as outras funções do médico.[233]

O diagnóstico equivocado pode ser caracterizado a partir da "eleição do tratamento inadequado à patologia instalada em paciente, com resultado danoso".[234] A doutrina tradicional sempre sustentou que o erro de diagnóstico não ensejaria, via de regra, responsabilidade, à exceção das hipóteses de erro grosseiro.[235] Trata-se de afirmativa formulada em consideração à natural possibilidade de erro por parte do médico (de quem, evidentemente, não se pode esperar a infalibilidade), em um momento no qual predominava o critério psicológico de culpa; à época, não restringir os danos ressarcíveis àqueles cometidos por "erro grave" acarretaria uma impraticável responsabilização, diante da dificuldade em se determinar se o erro decorreu da culpa (psicológica) do médico ou da mera falibilidade natural da medicina.[236] Assim, convencionou-se que apenas erros crassos, facilmente identificáveis pelo juiz, ensejariam responsabilização.[237]

---

[231] Conceitua Miguel KFOURI NETO: "Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 92).

[232] TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 92.

[233] Vale registrar, porém, que não se trata de atividade privativa ao médico. Assim, também outros profissionais de saúde podem realizar, dentre suas funções típicas, a de diagnóstico, como registra Gabriel ROCHA FURTADO a respeito do fisioterapeuta: "O profissional nesta ciência habilitado tem duas atribuições clínicas gerais: (i) prestar assistência fisioterapêutica (hospitalar, ambulatorial e em consultórios), e (ii) elaborar o diagnóstico cinesiológico funcional, prescrever, planejar, ordenar, analisar, supervisionar e avaliar os projetos fisioterapêuticos, a sua eficácia, a sua resolutividade e as condições de alta do cliente submetido a estas práticas de saúde" (Responsabilidade civil do fisioterapeuta e das clínicas de fisioterapia. In BODIN DE MORAES, Maria Celina; CRUZ, Gisela Sampaio da (Coord.). *Responsabilidade civil dos profissionais liberais*, no prelo). A possibilidade de realização de diagnóstico independente é apontada como uma das evidências da autonomia profissional da fisioterapia: "Compete, pois, aos próprios fisioterapeutas na oportunidade em que admitem novo paciente realizar neste a anamnese a fim de fazer o diagnóstico e, assim, determinar o tratamento que será implementado" (Ibid.).

[234] Miguel KFOURI NETO, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 92.

[235] Aguiar DIAS. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 299; Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 92; Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR. *Responsabibilidade civil do médico*, cit., p. 143.

[236] Confirma Miguel KFOURI NETO: "A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico, que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica. Por outro lado, [...] condições pessoais do próprio paciente podem determinar tais erros" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 92). Nesse contexto, mostra-se de grande valia a prova pericial, conforme comentado no item 4.2, *infra*.

[237] Tal posicionamento é fortemente criticado por parte da doutrina. Sustenta Gustavo TEPEDINO: "as dificuldades na determinação do componente culposo no erro de diagnóstico não servem a legitimar a opinião dominante, em doutrina e jurisprudência, no sentido de que somente com culpa grave – erro grosseiro – se pode

Essa concepção demanda reformulação, à luz do sistema contemporâneo. Conforme se compreendeu que a tutela do paciente deveria ser cada vez mais prioritária, afirmar que apenas na hipótese de erro grave haveria responsabilidade soa, ao menos, ultrapassado. Parece mais consentâneo com nosso sistema entender, assim, que o erro de diagnóstico ocasionará dano injusto, passível de indenização, quando advier do descumprimento de certos procedimentos fundamentais, indicadores da própria falta de diligência do profissional, tais como a anamnese minuciosa,[238] o pedido dos exames de praxe para cada quadro clínico, a elaboração e manutenção do histórico médico do paciente, dentre outras medidas que possibilitem a acuidade do diagnóstico.[239] Cumpridos tais procedimentos, ou, em outras palavras, afastada a hipótese de conduta culposa do médico, eventual erro já não poderá ser atribuído à sua esfera de responsabilidade.[240]

Mais adequado, portanto, considerar globalmente a conduta do médico, não em busca de um subjetivo critério de gravidade do erro, mas sim em cotejo com o procedimento padrão a ser adotado diante de quadros clínicos semelhantes, sempre respeitadas as condições de cada paciente e os recursos que estavam à disposição do profissional.[241] A atenção aos elementos

---

imputar ao médico o dever de reparar os danos nesses casos. Tal posição, a rigor, não colhe, quer porque o erro grosseiro não torna necessariamente mais fácil a prova da culpa; quer porque há condutas culposas que, embora capazes de causar grave dano, não podem ser caracterizadas como culpa grave" (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 93).

[238] A falha na anamnese pode ser levada em consideração para fins de responsabilidade civil do médico. Ilustrativamente: "Responsabilidade Civil. Ação de indenização por danos material e moral que a Autora teria sofrido em decorrência do falecimento de seu filho, por não ter recebido tratamento adequado em hospital público estadual devido a demora do diagnóstico e adoção de metodologia incorreta para sua apuração. [...] Prova técnica conclusiva no sentido de que houve falha na anamnese do paciente, que conduziu à elaboração tardia do diagnóstico correto e à realização de cirurgia sem qualquer objetivo [...]" (TJRJ, Ap. Civ. 0034118-34.1999.8.19.0001, 8ª C.C., Rel. Des. Ana Maria Oliveira, julg. 22.7.2008).

[239] Na lição de Miguel KFOURI NETO: "O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 91).

[240] A noção de identificação da culpa no descumprimento de procedimentos-padrão pode ser encontrada nos autores mais contemporâneos. No ponto, v. Gustavo TEPEDINO: "Melhor, portanto, e mais compatível com o sistema brasileiro que desconsidera a gradação da culpa na caracterização do ilícito, parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao efetuá-lo" (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 93).

[241] Explica Miguel KFOURI NETO: "Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seus alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais –, bem

do caso concreto mostra-se imperativa, em consonância com o fato de que apenas a hipótese fática concreta permite aferir o nível de confiança despertado no cliente pelo médico – confiança esta que representa um dos principais fundamentos de responsabilização de todo profissional liberal.[242]

Se a expectativa acerca do diagnóstico e do consequente tratamento adequado já se mostra bastante relevante na relação direta entre médico e paciente, será ainda de maior monta na hipótese de diagnóstico realizado por laboratórios especializados em análises clínicas, diagnósticos por imagem, investigações anátomo-patológicas, etc.[243] Com efeito, tais laboratórios contam, em geral, com equipes de profissionais de diversas formações, compatíveis com os serviços por eles prestados, incluindo biólogos, bioquímicos, farmacêuticos, radiologistas, enfermeiros, técnicos em enfermagem e também médicos, que, a depender da natureza do exame realizado, podem ser os responsáveis técnicos pela elaboração de laudos.[244]

Em se tratando de laudo médico (ou, nesse particular, também o assinado por profissional de outra formação) emitido por laboratório especializado, a responsabilidade da empresa, que foge ao escopo deste trabalho, seguirá a regra do art. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil.[245] A pessoa jurídica responde solidária e objetivamente

---

como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 93).

[242] V. também item 1.3, *supra*.

[243] Veja-se a seguinte decisão do TJMG: "Ação de indenização por danos morais. Erro de exame laboratorial. Diagnóstico equivocado. neoplasia maligna não identificada. Retardo do início do tratamento de grave moléstia. Falha na prestação do serviço. Dano moral configurado. Quantum fixado. Razoabilidade. Sentença mantida. 1 - O laboratório que emite resultado de exame de biópsia equivocado e afasta a existência de neoplasia maligna e, posteriormente, em exame da mesma lâmina reconhece a presença de células cancerígenas, o que retarda o diagnóstico da doença em mais de quatro meses, bem como o início do tratamento da grave moléstia, em evidente falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizado pelos danos morais causados. 2 - O valor da indenização não deve ser irrisório, devido ao grave abalo psíquico causado à Autora com o erro do exame e do diagnóstico de neoplasia maligna e o retardo no início do tratamento da moléstia" (TJMG, Ap. Civ. 5440905-70.2009.8.13.0024, 16ª C.C., Rel. Des. José Marcos Vieira, julg. 23.11.2012).

[244] Em meio à vasta regulamentação da responsabilidade técnica do médico pela elaboração de laudos de certas espécies de exames, destaca-se aquela contida na Resolução CFM n. 813 de 1977, que resolve: "1 - Determinar que os resultados das análises pesquisas clínicas na área de Patologia Clínica, Citologia, Anatonomia Patológica, Imuno-Hematologia, Radiologia, Radio-Isotopologia, Hemoterapia e Fisioterapia sejam fornecidos sob a forma de laudos médicos firmado pelo médico responsável pela sua execução. 2 - Estes laudos devem conter, quando indicado, uma parte expositiva e outra conclusiva. 3 - O laudo médico fornecido é de exclusiva competência e responsabilidade do médico responsável pela sua execução". Especificamente quanto a exames anatomopatológicos e citopatológicos, dispõe a Resolução CFM n. 1.823/2007, em seu art. 7º, que "é obrigatória nos laudos anatomopatológicos e citopatológicos a assinatura e identificação clara do médico que realizou o exame da(s) amostra(s)", disposição que teve sua eficácia judicialmente suspensa no Distrito Federal sob alegação de inconstitucionalidade.

[245] *Verbis*: "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. [...] Art.

pelos danos culposamente causados por seus empregados, permanecendo subjetiva a responsabilidade pessoal dos mesmos, em face dos quais a empresa tem direito de regresso caso venha a solver o dever de reparar.[246]

Além de evidentemente poderem motivar a adoção de tratamentos equivocados, erros de diagnóstico costumam suscitar enorme impacto emocional no paciente, sendo, por ambos os motivos, fontes de indenização por danos morais em nossa jurisprudência. Com efeito, abalam por completo a integridade psicofísica da pessoa que se submeteu ao diagnóstico, pondo em risco sua saúde com terapias inadequadas e podendo causar, ainda, profundo abalo psicológico.[247] Não são raros, por exemplo, os casos de resultados equivocados[248] em exame de HIV,[249] sendo de se questionar se eventuais advertências quanto aos percentuais de natural

---

933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. [...] Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

[246] "Para que reste configurada a responsabilidade do empregador, exige-se, em primeiro lugar, que haja um ato culposo do empregado, afora, evidentemente, a hipótese de relação de consumo. [...] O CC, abandonando a antiga concepção da presunção de culpa, atribuiu à responsabilidade indireta caráter estritamente objetivo [...]. Isto não significa, contudo, que o efetivo causador do dano fique isento de responsabilidade. Primeiro, porque, em regra, pode o causador do dano sofrer o regresso de quem arca com a indenização. Segundo, porque à vítima se confere a possibilidade de acionar, não o responsável indireto, mas o próprio causador do dano, se assim o desejar" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., pp. 834-858).

[247] Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: "a integridade psicofisica vem servindo para garantir inúmeros direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo 'direito à saúde', compreendida como completo bem-estar psicofísico e social. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna [...]" (O princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 96).

[248] O laudo equivocado de exame não se confunde com o resultado falso-positivo, incluído na margem de erro do procedimento e não imputável a qualquer conduta culposa do responsável. Com efeito, resultados falso-positivos podem resultar das semelhanças bioquímicas entre antígenos, de doenças auto-imunes, da interação com drogas e medicamentos, etc. Os exames mais comuns no Brasil para a detecção do vírus HIV podem sofrer interferência de fatores tão diversos quanto: vacina contra influenza A H1N1; artrite reumatoide; doenças autoimunes (lupus eritematoso sistêmico, doenças do tecido conectivo e esclerodermia); colangite esclerosante primaria; terapia com interferon em pacientes hemodialisados; síndrome de Stevens-Johnson; anticorpo antimicrossomal; anticorpos HLA (classe I e II); infecção viral aguda; aquisição passiva de anticorpos anti-HIV (de mãe para filho); tumores malignos; outras retroviroses; múltiplas transfusões de sangue; anticorpo antimúsculo liso; etc. Além disso, como se sabe, há que se considerar a chamada *janela imunológica*, vale dizer, o tempo entre a infecção e a produção de anticorpos que permita a identificação da sorologia positiva, o que, no caso do vírus HIV, pode levar de 30 a 120 dias, diante do atual estado da arte médica (Dados disponíveis em: <www.aids.gov.br>. Acesso em 24 set. 2012).

[249] A título ilustrativo: "Apelação Cível. Indenizatória. Erro em resultado de exame laboratorial. Resultado positivo para HIV. Inocorrência de prescrição. O prazo a ser considerado é o da ciência de que o exame inicial estava equivocado. Autor que experimentou extremo sofrimento, em decorrência do resultado "falso-positivo". Além da angústia de se descobrir portador de uma moléstia de tamanha gravidade, carregando esta certeza por cerca de seis meses, o autor sofreu sérias consequências negativas em vários aspectos de sua vida, que culminaram com o fim de seu relacionamento afetivo e a perda do seu emprego. Dano moral configurado" (TJRJ, Ap. Civ. 0013099-96.2005.8.19.0021, 10ª C.C., Rel. Des. Pedro Saraiva Andrade Lemos, julg. 27.6.2012).

falibilidade desse exame são, de fato, eficazes para evitar o dano moral. Em tais hipóteses, o dano poderia configurar-se mesmo com a ciência da margem de erro do diagnóstico, e apenas a consideração do cumprimento dos procedimentos típicos para a coleta e tratamento de material, exame e diagnóstico, e informação ao paciente poderão isentar o responsável técnico do dever de indenizar.[250]

O mesmo pode ser dito a respeito de laudos de exames de outra natureza, sem objetivo de diagnosticar enfermidades. Assim, por exemplo, as consequências do erro no laudo de exame de DNA – que pode, inclusive, ser usado como prova definitiva em ação judicial de investigação de paternidade ou, mesmo, para fins de investigação criminal.[251] Analogamente, testes alergênicos mal realizados podem ocasionar graves danos, desprotegendo o paciente da exposição ao antígeno ao qual é alérgico.[252]

3.4.2 A coleta de informações e o sigilo médico

[250] Exemplificativamente, veja-se, na doutrina, Judith MARTINS-COSTA: "provocará dano moral o médico que, por não adotar o devido cuidado, envia ao laboratório, para exame bacteriológico, secreção vaginal da paciente trocando, inadvertidamente, a etiqueta que recobre o invólucro contendo o material e assim provocando um falso positivo, com o que anuncia à paciente ser portadora de doença sexualmente transmissível. A responsabilidade decorrerá não do erro, mas da falta de cuidado, ao anunciar à paciente, por inadvertência, algo que não corresponde à verdade. Neste caso, além dos danos à paciente, poderá também propor ação indenizatória o marido ou companheiro, em razão dos "danos à vida de relação" (Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia, cit., p. 117). Na jurisprudência também se reconhece que o cumprimento dos procedimentos adequados exclui o dever de indenizar. Ilustrativamente: "Ação indenizatória. Dano moral. Primeira apelante que alega que, em razão de resultado equivocado de exame de sangue, positivando ser portadora do vírus HIV, sofreu grande distúrbio e angústia, acarretando-lhe sofrimento e forte sentimento de indignação. Exame que pode, efetivamente, apresentar resultado indevido, demandando, por isso, confirmação. A responsabilidade da Fundação apelada somente existiria se isso não tivesse informado à autora da ação o que, no entanto, fez, tendo submetido-a, num período de 4 meses, a mais quatro exames, cumprindo, integralmente, o que lhe poderia ser exigido. Inexistência de dano moral a compor" (TJRJ, Ap. Civ. 0001708-34.2006.8.19.0014, 15ª C.C., Rel. Des. Sergio Lucio Cruz – julg. 3.4.2012).

[251] Ilustrativamente: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico em exame de DNA efetuado por laboratório. [...] Danos morais configurados e fixados em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta a potencialidade econômica da ofensora e o lapso temporal em que pai e filha foram afastados do convívio familiar em virtude da apresentação de tal laudo [...]" (TJRJ, Ap. Civ. 0389767-56.2009.8.19.0001, 12ª C.C., Rel. Des. Lúcia Miguel S. Lima, julg. 25.10.2011).

[252] Como se sabe, as alergias constituem formas de hipersensibilidade do próprio sistema imunológico do paciente a estímulos externos, não representando, propriamente, uma doença, mas sim uma característica individual do organismo.

O bom diagnóstico depende da coleta, tão minuciosa quanto possível, de informações pessoais do paciente pelo médico.[253] Dentre essas informações incluem-se: histórico familiar, alimentação, hábitos de vida, consumo de substâncias químicas, comportamento sexual, problemas emocionais ou psicológicos, além de dados biológicos do paciente, tais como suas origens genéticas, doenças de que seja portador etc. Muitas dessas informações constituem os chamados *dados sensíveis*, vale dizer, aqueles dados pessoais que, por sua própria natureza, podem ensejar ações discriminatórias contra a pessoa a que se referem.[254] Inúmeras discriminações podem advir, por exemplo, do conhecimento de que o paciente é portador do vírus HIV, ou tem determinada ascendência genética.[255]

Como é notório, o médico encontra-se adstrito ao dever de sigilo profissional no que tange a todas as informações fornecidas pelo paciente ou colhidas ao longo do tratamento.[256] De tormentosa resolução, porém, mostram-se as hipóteses em que se *admite* a quebra de sigilo pelo profissional. Os casos difíceis propõem hipóteses como a da paciente menor que, sendo diagnosticada com determinada doença ou condição (uma gravidez, por exemplo), solicita ao médico que seus responsáveis legais não sejam comunicados;[257] do paciente que, portador de doença sexualmente transmissível, recusa-se a revelar o fato a seu parceiro, expondo-o ao risco de contágio, e relata essa escolha ao médico;[258] ou, ainda, do paciente que, sofrendo de

---

[253] Cite-se Judith MARTINS-COSTA: "Derivado do dever geral de diligência há, primariamente, o dever do médico de se informar sobre as condições particulares da paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese e a tudo documentando adequadamente. Não é admissível, mormente na atividade médica, 'crer sem verificar e verificar sem se informar'. Buscar informação completa acerca das condições pessoais da paciente é, pois, o primeiro dever de diligência" (Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia, cit., p. 115).

[254] A respeito, v. a lição de Stefano RODOTÀ: "As restrições à coleta e difusão das informações (e, portanto, a defesa da privacidade no sentido mais tradicional) [...] tendem a se concentrar muito mais ao redor de informações hoje consideradas particularmente sensíveis, como as relacionadas à esfera da saúde e das opiniões: em especial essas últimas, visto que a partir delas podem partir práticas discriminatórias" (*A vida na sociedade da vigilância*, cit., p. 79).

[255] Pondera Stefano RODOTÀ: "Não há dúvida de que o conhecimento, por parte do empregador ou de uma companhia seguradora, de informações sobre uma pessoa infectada pelo HIV, ou que apresente características genéticas particulares, podem gerar discriminações. Estas podem assumir a forma da demissão, da não admissão, da recusa em estipular um contrato de seguro, da solicitação de um prêmio de seguro especialmente elevado" (*A vida na sociedade da vigilância*, cit., p. 106).

[256] Minudencia o Código de Ética Médica, dispondo ser vedado ao médico: "Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal".

[257] A respeito, cf. RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance et de l'adolescence*. 4ème édition. Paris: Litec – Groupe Lexis-Nexis, 2003.

[258] Indaga Stefano RODOTÀ: "Pode o médico infringir o sigilo profissional no caso em que saiba que o seu paciente está infectado pelo HIV, tem relações sexuais, não pratica o 'sexo seguro' e não informa ao parceiro

enfermidade grave que exige tratamento imediato, declara que não deseja saber o resultado do exame que a diagnosticou – neste caso, o sigilo seria mantido em face do próprio enfermo.[259] Em todas essas hipóteses, a divulgação da informação pessoal pelo médico pode ser considerada culposa e gerar dano ressarcível?

A formulação de respostas em abstrato para tais casos revela-se tarefa impossível. Tome-se o caso do paciente incapaz. Passando ao largo de viva discussão quanto à aplicabilidade da teoria das incapacidades clássica do direito civil às escolhas existenciais (para as quais a doutrina especializada tem preferido o critério da maturidade e do discernimento[260] ao tradicional critério etário adotado pelo legislador para as situações patrimoniais), que foge ao escopo do presente trabalho, qual critério permite determinar até que ponto o sigilo é dever do médico, e em qual medida esse mesmo sigilo em face dos pais ou responsáveis não se torna o próprio dano causado pelo profissional?[261]

---

esta sua condição? Em casos assim, quando existe um risco grave e efetivo para a saúde de um terceiro, propõe-se a superação do sigilo profissional. Em conclusão, pode-se dizer que, nesses casos, se atenua o poder do indivíduo de exercer um controle exclusivo sobre a circulação das informações a ele relacionadas" (*A vida na sociedade da vigilância*, cit., p. 108).

[259] Fala-se em um *direito a não saber*, conforme relata Stefano RODOTÀ: "A ênfase desloca-se assim para o 'direito de não saber', que assume particular relevância não apenas no que diz respeito às modalidades de construção da esfera privada, mas pode tornar-se um fator essencial para a livre construção da personalidade. Considerando o que se pode ou se deve saber, percebe-se que estão em questão modelos culturais bastante diferentes entre si. O conhecimento deve ser considerado como um valor absoluto? Quais são os efeitos de uma revelação integral e precoce do 'destino biológico'? Um 'excesso' de conhecimento não pode se revelar como um limite à autonomia e, logo, à livre construção da personalidade? [...] Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar as informações que me dizem respeito, que é a definição mais atualizada do *right of privacy*, manifesta-se também como poder *negativo*: ou seja, como direito de *excluir* da própria esfera privada uma determinada categoria de informações" (*A vida na sociedade da vigilância*, cit., pp. 108-109. Grifos do original).

[260] Afirma Rose Melo Vencelau MEIRELES: "nas situações existenciais também a incapacidade deve ser compreendida como instituto protetivo, porém, nesse caso, este fim se alcança com o respeito da participação do incapaz, sempre que presente o discernimento. Afinal, a capacidade de entender, de escolher e de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição, intransferíveis, deve ser colocada em posição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade [...]. Apesar de parte da doutrina justificar a representação legal pelo fato de o incapaz ser desprovido de autonomia, quando se trata de situações existenciais esta assertiva deve ser relativizada. Isto porque, pela natureza existencial do ato de autonomia, deve ser dada ao incapaz a possibilidade de participar, contribuindo pessoalmente com a sua vontade, se verificado, no caso concreto, discernimento bastante" (*Autonomia existencial e dignidade humana*, cit., pp. 223-225).

[261] O Código de Ética Médica determina ser vedado ao médico: "Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente". Como se percebe, trata-se de previsão incapaz de dar conta de inúmeros problemas concretos, nos quais se poderia discutir se o que configura dano aos olhos dos pais não representaria, simplesmente, uma escolha existencial do paciente menor. Uma intervenção cirúrgica definitiva querida pelo paciente, nesse sentido, poderia ser considerada um dano? Na doutrina francesa, já se admite a possibilidade "*de ne rien révéler à ses parents de cette intimité corporelle qui pourra rester dans le secret du colloque singulier entre le médecin et l'adolescent, ce que l'on a dejà rencontré à l'occasion de l'interruption volontaire de grossesse de l'adolescente*" (RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, cit., p. 374).

A questão do paciente portador de doença sexualmente transmissível mostra-se igualmente complexa. Se, no caso do incapaz, o sigilo se faz em detrimento dos titulares do poder jurídico (poder familiar ou tutela) que deve ser exercido no melhor interesse do menor[262] – sub-rogando-se o médico na função de tutelar esse interesse[263] –, na hipótese de paciente que expõe seu parceiro sexual ao contágio de doença venérea o sigilo ameaça diretamente bem jurídico alheio – nomeadamente, a própria integridade física do terceiro que mantém relações sexuais com o enfermo. O problema, portanto, reside em decidir qual interesse deve ser tutelado prioritariamente – o do paciente que exige o sigilo, ou evitar a ameaça à vida do seu parceiro que arrisca, sem saber, sua saúde.[264]

No caso do paciente que se recusa a ser informado do resultado de exame a partir do qual o médico diagnosticou grave enfermidade, alude-se ao assim denominado direito a não saber.[265] A questão, de natureza tanto jurídica quanto ética, envolve não mais um terceiro (titular de situação jurídica exercida em interesse próprio ou no interesse do paciente), mas sim o sigilo em face da própria pessoa a que a informação se refere, por escolha consciente desta. Nessa hipótese, a dúvida paira sobre a legitimidade da escolha do paciente em não ser

---

[262] Leciona Pietro PERLINGIERI: "O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de outrem ou, mais especificamente, no interesse de um terceiro ou da coletividade. [...] A *potestà* é, portanto, uma situação complexa, que atribui não simplesmente poderes, mas deveres que não devem ser exercidos no interesse do titular da *potestà*, o tutor, mas naquele do representado" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 700).

[263] Os riscos para o médico de manter o sigilo em face aos pais do paciente e assumir a tutela do melhor interesse do menor são evidentes, prevendo a doutrina francesa algumas condições para que a anuência dos pais possa ser afastada: "*D'abord, le traitement, ou l'intervention, est nécessaire pour sauvegarder la santé de la personne mineure. Ensuite le mineur doit mettre opposition à ce que ses parents soient informés de la situation bien que le médecin ait fait son possible pour obtenir l'accord de l'adolescent à l'information des parents. Enfin le mineur doit se faire accompagner d'une personne majeure de son choix. La mise en oeuvre ne paraît pas évidente pour le médecin car, en cas de litige avec les parents, on voit mal comment il pourra rapporter la preuve que les deux premières conditions étaient reunies. Bien sûr, le médecin peut demander un document signé à l'adolescent, mais cette signature sera toujours contestable, l'adolescent n'ayant pas acquis la capacité civile suffisante pour signer un tel acte. Il sera aussi possible de demander une signature au majeur accompagnant, mais le doute sera facilement émis si ce majeur n'est pas quelqu'un de l'entourage immédiat de l'enfant et n'est pas connu des parents. Il y aura donc toujours un risque pour le médecin à intervener, surtout sur de jeunes adolescents*" (RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, cit., p. 375).

[264] A hipótese parece ser mais bem resolvida a partir da caracterização da pretensão de sigilo pelo paciente como exercício abusivo de seu direito, porque exercido de modo contrário à sua função. Com efeito, se o sigilo é legitimamente garantido ao paciente como forma de proteção de sua privacidade, não pode ser invocado como mecanismo para a exposição da saúde de seu parceiro ao risco de contágio. O direito não pode considerar merecedor de tutela o exercício de uma posição jurídica legítima de modo tão egoísta ao ponto de pôr em risco um dos corolários diretos da dignidade de outra pessoa, a saber, sua integridade psicofísica – exercício, portanto, ilegítimo. Sobre a caracterização do abuso do direito como exercício disfuncional de posições jurídicas, e sua aplicabilidade às situações subjetivas existenciais, seja consentido remeter a NUNES DE SOUZA, Eduardo. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, *passim* e, especialmente, pp. 84-91.

[265] A respeito, v. MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com.* Ano 1, Volume 1, 2012.

informado de eventual enfermidade (assumindo um risco, já que desconhece o resultado do exame) em face do dever de cuidado do médico, que deseja lhe ministrar o tratamento necessário à cura ou controle da doença. Trata-se de controvérsia, como as demais aqui apresentadas, sem soluções prontas; contudo, parece claro que a responsabilidade do médico, seja pelos danos advindos da manutenção do sigilo (com o possível agravamento do estado de saúde do paciente), seja por aqueles decorrentes da divulgação da informação (contrariando-se, assim, escolha de ordem existencial do enfermo), deverá levar em conta, necessariamente, uma renovada noção de culpa médica,[266] aferida a partir da análise ponderada da adequação do procedimento adotado pelo profissional (à luz das recomendações científicas e da praxe médica), bem como pela noção de consentimento informado.[267]

3.4.3 *Iatrogenia*

O erro de diagnóstico pode ocasionar a chamada *iatrogenia*, consistente no dano causado pelo próprio tratamento ou intervenção médica.[268] Verificada a culpa médica no diagnóstico ou na terapia, o dano iatrogênico ensejará o dever de indenizar mediante a

---

[266] Assim, por exemplo, caso se conclua que o chamado *direito a não saber* constitui prerrogativa legítima do paciente, a escolha entre conhecer ou não certo diagnóstico não poderia ser oferecida a ele de modo que impossibilitasse, do ponto de vista lógico, o sigilo. Pactuar com o paciente, por exemplo, que o médico nada dirá a ele caso identifique certa enfermidade constituiria maneira bizantina de, indiretamente, revelar a verdade ao enfermo. Vale dizer, por um imperativo lógico, o direito a não saber, para ser de fato exercido, tem que ser pactuado em termos da assunção de um risco, e não condicionado à certeza do dano. De outra parte, essa escolha teria de dirigir-se especificamente ao diagnóstico de certas enfermidades, não se admitindo que abrangesse o direito a não conhecer *qualquer* problema de saúde, sob pena de assunção de um risco incalculável, não conhecido, pelo paciente – o que criaria dificuldades em se sustentar um consentimento verdadeiramente informado.

[267] O consentimento informado representa, na doutrina contemporânea, verdadeiro pressuposto de validade das escolhas existenciais, como registra Rose Melo Vencelau MEIRELES: "A respeito da importância do consentimento na disciplina dos atos de conteúdo não patrimonial, sublinha-se constantemente a exigência – mais que isso, a necessidade – de que o consenso do autor do ato seja pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente, informado: características nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma impostação prevalentemente objetiva. Assim, o princípio do consentimento qualificado atribui à vontade interna do declarante uma relevância que as relações patrimoniais não têm" (*Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 215).

[268] Relatam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "A palavra *iatrogenia* (*iatros*: médico; *genia*: origem) é utilizada para denominar quaisquer doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, seja esse ato terapêutico ou cirúrgico. Importante dizer que esses danos englobam inúmeras vertentes, podendo ser consubstanciados em danos psíquicos, farmacológicos ou instrumentais, todos provocados por uma ação médica de óbvia intenção benéfica [...]. *Lato sensu*, entende-se por iatrogenia o ato médico que causa dano ao paciente, seja esse ato realizado dentro das normas recomendáveis, seja proveniente de uma falha no atuar" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 47).

investigação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Assim, a hipótese que impõe maiores dificuldades ao intérprete reside na lesão iatrogênica decorrente pela conduta médica plenamente adequada, denominada por alguns autores iatrogenia *stricto sensu*.[269] No ponto, parece relevante diferenciar algumas hipóteses de danos iatrogênicos. Embora em todas essas hipóteses, de *iatrogenia em sentido estrito*, não surja o dever de reparar para o médico (sendo certo que, por sua própria definição, nenhuma delas abrange casos de conduta culposa, mas apenas procedimentos médicos cientificamente adequados), a ausência do dever de indenizar ocorre, tecnicamente, por razões distintas em cada uma delas.

Primeiramente, há lesões que sempre decorreriam, necessariamente, da conduta médica adotada; o dano é certo, porém representa a única alternativa a um dano ainda maior, que se procura evitar.[270] Assim, por exemplo, a mastectomia (cirurgia para a extirpação da mama) indicada à paciente na hipótese de câncer mamário avançado, ou a amputação de um membro recomendada em hipóteses como a doença vascular periférica, o diabetes, o trauma seguido de contaminação severa da ferida, dentre outras. Nessas hipóteses, pode verificar-se a aceitação do dano pelo paciente – devidamente informado da relação custo-benefício de se submeter à intervenção cirúrgica – ou, ainda, o dever do médico de agir, mesmo contra a vontade do enfermo, nas hipóteses de risco de morte.[271] Se o médico tinha o dever de agir, pode-se falar na exclusão de antijuridicidade, por estrito cumprimento do dever;[272] se o paciente anuiu com a lesão que impediria um mal maior, simplesmente não haverá culpa

---

[269] Assim, por exemplo, Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "A lesão iatrogênica *stricto sensu* é exatamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder correto, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica. No entanto, ainda assim, sobrevém ao paciente uma lesão em decorrência daquele agir, lesão que muitas vezes pode até ser fatal. Abre-se nesse momento um abismo entre o paciente ou sua família e o médico ou a instituição de saúde" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 48).

[270] "Há uma infinidade de procedimentos utilizados para tratar o doente que podem causar-lhe algum tipo de lesão. [...] Sem dúvida trata-se de uma lesão iatrogênica, posto que causada por um ato médico, porém não oriunda de um atuar negligente, imprudente ou imperito, mas sim por ser medida imprescindível para salvar uma vida" (COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 49).

[271] O dever de agir do médico quando a vida do paciente está diretamente em risco é previsto pelo Código de Ética Médica, que dispõe ser vedado ao médico: "Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte".

[272] A respeito, afirma Gisela Sampaio da CRUZ: "Desse modo, as intervenções médicas e cirúrgicas [...] acarretam, sem dúvida, danos, mas que são resultado do exercício regular de direitos, quando não de deveres, albergados pela ordem jurídica. O dano causado sem violação ao direito é um dano justo e, como tal, não serve de elemento ao ato ilícito, pelo que não gera o dever de indenizar" (As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 431).

médica, porque o profissional agiu adequadamente, aplicando a técnica recomendada pela medicina (ainda que causadora de lesão) e colhendo o consentimento do paciente.

Em seguida, tem-se o dano iatrogênico provável e inevitável (vale dizer, o dano é previsível e pode decorrer do tratamento; se, de fato acontecer, nada podia ser feito para evitá-lo, uma vez que tenha sido eleito o tratamento que o ocasiona). Exemplos clássicos são os possíveis efeitos colaterais de certo medicamento; conhece-se o risco, mas o tratamento será benéfico para o paciente e há uma probabilidade (maior ou menor) de que tais efeitos não venham a acontecer. Nesses casos, mais uma vez, o fator decisivo será a informação dos riscos do tratamento ao paciente, que deverá anuir com eles. A diligência do médico (no que esta hipótese não difere de qualquer outra de responsabilidade civil deste profissional) há de ser aferida à luz do caso concreto, tendo-se em conta seu empenho em informar o paciente dos riscos da terapia prescrita[273] e a própria probabilidade de superveniência do dano. Por outro lado, vale ressaltar, afigura-se de difícil sustentação a exigência de que o médico, em sua prática diária, comunique ao enfermo todos os riscos conhecidos pela ciência quanto à administração de certo medicamento, inclusive aqueles de ínfima incidência,[274] sendo certo que o dever de informar deve seguir, tão somente, o padrão de informação que a comunidade médica costume seguir em casos semelhantes. Sobrevindo dano nesta hipótese, embora decorrente da intervenção médica, trata-se de risco conscientemente assumido pelo paciente, e criado pelas próprias limitações da medicina ao não poder evitá-lo – vale dizer, não se trata, igualmente, de dano imputável ao profissional, que não terá agido com culpa se tiver prescrito medicamento adequado (reconhecido pela ciência) e informado o paciente.

---

[273] "Com efeito, vale dizer que mesmo se concluindo, num caso concreto, que há uma lesão iatrogênica, se esta possibilidade não tiver sido informada ao paciente ou seu responsável, não estará afastada a negligência do profissional quanto ao aspecto da informação que deveria ter sido prestada [...], salvo se ocorrer um caso ainda não visto pela comunidade médica, vale dizer, inédito" (COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 51).

[274] Criticam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "Importante aduzir, no entanto, que o que se tem visto com muita frequência é colocar nos ombros dos prestadores de serviços médicos um fardo extremamente pesado, na medida em que se exige muitas vezes do médico um dever de informação além de suas forças [...]. Exigir do profissional médico ou mesmo do estabelecimento hospitalar informações hercúleas, vale dizer, que transcendem [...] a lógica de um certo caso concreto, parece-nos uma aplicação dos dispositivos do Código do Consumidor mui desequilibrada" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 58). Complementam os autores: "As informações que têm de ser fornecidas pelo prestador do serviço médico/hospitalar são aquelas plausíveis, razoáveis, normais, rotineiras, potenciais para o caso concreto do paciente" (Ibid., p. 59).

Pode-se cogitar, por fim, do dano iatrogênico imprevisível, como aquele decorrente de reação inesperada do organismo do paciente a certo tratamento.[275] Neste caso, a questão já não será de aferição de culpa na conduta do médico, e sim de interrupção da cadeia causal que conduziu à produção do dano.[276] Se não era possível prever a lesão decorrente do tratamento, a reação adversa do organismo do paciente equivalerá a caso fortuito, suficiente para a interrupção do nexo causal.[277] A imprevisibilidade, porém, deve decorrer do atual estado da arte médica, não se referindo, assim, ao erro de diagnóstico do profissional que não seguiu adequadamente as regras propedêuticas, ou foi imperito na administração do tratamento, por exemplo.

Uma visão sistemática da responsabilidade civil do médico impede que todas as hipóteses de lesões iatrogênicas em sentido estrito (decorrentes de tratamentos cientificamente adequados) sejam consideradas espécies de caso fortuito ou força maior,[278] por um motivo simples: na maior parte delas, a conduta do médico dará causa direta e imediata ao dano; neste ponto, não bastaria afirmar que o risco da lesão era inevitável para equipará-lo à força maior, pois, para que esta se verifique, é preciso que também interrompa a cadeia causal da conduta médica. Preferível, assim, entender que em todas essas hipóteses haverá simplesmente ausência de culpa por parte do profissional (culpa aqui compreendida como o agir profissional adequado à luz dos procedimentos-padrão que seriam seguidos por outros especialistas em casos semelhantes), sendo que, em algumas delas, ao lado da ausência de culpa pode

---

[275] Afirmam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "O organismo humano ainda é um complexo bastante misterioso, apesar de todo o avanço científico. Há reações do corpo, respostas das mais adversas do organismo humano, tanto a intervenções cirúrgicas quanto a exames e medicamentos, que estão além do saber da Medicina. Muito embora tais areações adversas sejam frequentemente previsíveis e até esperadas, são inevitáveis e os tratamentos que as originam, insubstituíveis" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 50).

[276] Parte da doutrina que se dedicou ao tema considera qualquer lesão iatrogênica uma excludente de responsabilidade por interrupção do nexo causal (por todos, v. COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 50). Parece, porém, mais consentâneo com o sistema considerar como causa de interrupção do nexo apenas os danos imprevisíveis, que operam de modo análogo ao caso fortuito na teoria geral da responsabilidade civil; embora os danos simplesmente inevitáveis também se assemelhem ao fortuito, sua simples previsibilidade gera, em tese, o dever de informar por parte do médico. Será necessário analisar se houve o descumprimento injusto desse dever antes de se descartar a responsabilização do profissional, já que é o consentimento consciente do enfermo que legitima a conduta médica que possa resultar, previsivelmente, em dano iatrogênico.

[277] Muitos autores equiparam todas as hipóteses de iatrogenia, em verdade, ao fortuito. Veja-se, por exemplo, Marcelo BENACCHIO: "as reações ao tratamento, cicatrizes, diminuição ou perda de funções, advindas do ato médico propedêutico ou terapêutico visando ao benefício do paciente, são denominadas lesões iatrogênicas, não gerando responsabilidade civil do médico por serem causadas pela atuação correta do médico do ponto de vista da ciência, portanto equiparadas ao fortuito" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 336).

[278] A respeito destas e outras causas de exclusão da responsabilidade, v. item 4.4, *infra*.

verificar-se uma excludente de antijuridicidade ou, aí sim, uma excludente de responsabilidade como o caso fortuito.

3.4.4 Dilemas sobre o consentimento informado

Afirmar que a responsabilidade do profissional liberal e, especificamente, do médico é imputada na medida da confiança despertada no paciente implica dizer que o intercâmbio de informações entre o profissional de saúde e a pessoa sob seus cuidados constitui um dos pontos de maior complexidade nessa relação.[279] De fato, os problemas relacionados ao trânsito de informações entre médico e paciente podem ser divididos em, ao menos, dois grandes grupos: de um lado, as questões, já comentadas, relacionadas ao sigilo dos dados relativos ao enfermo obtidos pelo profissional;[280] de outro, as dificuldades atinentes ao consentimento informado do paciente, hoje compreendido como fator fundamental ao exercício ético da medicina.

O segundo grupo de discussões, atinentes ao intercâmbio de informações entre médico e paciente, dizem respeito àquelas informações que o primeiro transmite ao segundo, necessárias para a formação do que se convencionou denominar *consentimento informado*, noção que se manifesta "em uma série de disposições que prescrevem quais devam ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso".[281] Para que se respeite o espaço de autonomia do paciente, de modo que ele possa recusar-se a receber determinado tratamento se assim bem entender, precisa restar caracterizado que compreendeu plenamente as implicações de sua decisão, as consequências da terapia indicada e, igualmente, da ausência de tratamento.

A expressão "consentimento informado", porém, acaba por ocultar, muitas vezes, a incapacidade fática do paciente de plena compreensão de sua condição, seu prognóstico, suas opções e as consequências do tratamento escolhido. Neste ponto, embora a doutrina enfatize a necessidade de transmissão de informações pelo médico de forma compatível com o

[279] Cf., também, o item 1.3, *supra*.
[280] V. item 3.4.2, *supra.*
[281] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*, cit., p. 75.

entendimento do paciente,[282] a falta de conhecimentos técnicos deste último pode representar barreira intransponível à compreensão, transformando o consentimento dito "informado" em mero argumento retórico para a legitimação da decisão tomada pelo médico.[283]

Não se pretende, com isso, desmerecer o consentimento informado como elemento imprescindível à avaliação da conduta médica, garantidor do espectro de autonomia do paciente. Ressalta-se, porém, a necessidade de um olhar mais amplo do médico quanto à concepção de vida e às escolhas existenciais do paciente, em processo dialógico do qual a assinatura de um termo de consentimento deve ser apenas um fator adicional de segurança para ambas as partes. Desse modo, torna-se possível ao médico compreender e orientar melhor as escolhas do paciente, em vez de simplesmente esperar que a transmissão de uma série de conhecimentos técnicos permita que o enfermo tome, sozinho, sua decisão.[284] Nem sempre o simples fornecimento de informações com a assinatura do termo representará o real entendimento do paciente, e, mais ainda, nem sempre o estado de saúde do paciente permitirá a assinatura desse termo.[285]

O constante diálogo entre médico e paciente – com o objetivo de garantir a melhor compreensão possível, por parte deste, das consequências de suas escolhas, e a maior harmonização possível, por parte do profissional, entre os procedimentos adotados e a vontade do enfermo[286] – ressalta também o caráter personalíssimo[287] e pouco consumerista[288]

---

[282] Afirma Miguel KFOURI NETO: "Os médicos [...] devem aos pacientes uma informação objetiva, veraz, completa e acessível" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 44).

[283] Conforme aduz Adriana Espíndola CORRÊA, "as informações prestadas pelo médico não podem ser vistas como um elemento de remoção de todos os obstáculos para que o paciente possa decidir livremente, eliminando-se o desequilíbrio dessa relação. O poder do médico, ao invés de ser diminuído, é reforçado pelo dever de informar porque as informações refletem seu entendimento fundado no poder-saber médico. E é com base nessa verdade que o paciente vai decidir" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 138).

[284] Afirma Adriana Espíndola CORRÊA: "A falta de informação do paciente não constitui, portanto, o único obstáculo para a formulação de uma decisão racional. É, aliás, bastante questionável que a decisão seja puramente racional. Ignorar os outros fatores que influenciam o consentimento do paciente [...] significa persistir na crença da vontade incondicionada e insistir em uma concepção abstrata de pessoa. [...] Ademais, é o médico ou cientista quem, em última análise, decidem do que o paciente ou voluntário vão tomar conhecimento. A confiança depositada pelo paciente ou voluntário no médico ou cientista, e mais ainda na própria ciência e no desenvolvimento tecnológico, muitas vezes prevalece em detrimento de uma suposta decisão racional" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 139).

[285] Conforme admite Gustavo TEPEDINO, "A urgência da intervenção e o iminente risco de deterioração da saúde do paciente devem ser sopesados no exame das hipóteses em que o consentimento deixa de ser obtido pelo médico" (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 91). Reconhece Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR que, "em certas circunstâncias, a inexistência do assentimento é evidente, como no caso do surgimento de um fato novo, no desenrolar de uma cirurgia" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 142).

[286] O médico deve, portanto, demonstrar sensibilidade em relação às informações prestadas pelo próprio paciente. Ressalta Adriana Espíndola CORRÊA: "O acesso ao discurso científico da medicina é facultado apenas ao médico, que é portador das qualidades exigidas para figurar como titular desses enunciados verdadeiros. De

do vínculo criado entre eles, a justificar a já aludida necessidade de consideração dos elementos do caso concreto para a imputação de responsabilidade ao médico na hipótese de dano, não se supersimplificando a questão com foco unicamente na vulnerabilidade do paciente.[289]

A responsabilidade, portanto, pelo bom funcionamento do necessário intercâmbio de informações entre médico e paciente recai sobre ambas as partes. De um lado, o médico é obrigado a colher do paciente os dados úteis ao seu diagnóstico, não se podendo esperar que o cliente conheça a relevância de cada informação para espontaneamente fornecê-la ao profissional. De outra parte, porém, não se pode exigir do médico que proceda a infinitas indagações, na expectativa de encontrar, por exemplo, algum sintoma raro e jamais relatado pelo paciente; a este cabe, portanto, fornecer informações verídicas e completas à anamnese realizada pelo profissional de saúde, e contribuir para que o médico conheça seu quadro clínico. E apenas a prática da própria ciência médica pode ajudar o julgador a determinar que perguntas devem compor o procedimento padrão para cada caso, caracterizando-se a conduta diligente pela busca de todas as informações mais comumente relevantes.

No mesmo diapasão, se cabe, de um lado, ao médico explicar ao paciente todas as possíveis decorrências de sua aceitação ou recusa a certo tratamento, as implicações de seu estado de saúde, e todos os demais detalhes relevantes para o consentimento informado,

---

forma paralela, outros saberes e enunciados alheios à medicina, como aqueles que são acessíveis ao paciente (o que ele sabe sobre sua enfermidade), são desqualificados pelo discurso científico, como não verdadeiros" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 136).

[287] Ilustrando o aspecto bastante pessoal que deve caracterizar a relação médico-paciente, comentam Carlos Alberto Dabus MALUF e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus MALUF: "Na atualidade muito vem se destacando a presença do médico [...] em sua relação com os pacientes e suas famílias, desde os momentos iniciais quando a primeira consulta é realizada, passando pela apresentação do diagnóstico, pela determinação da terapia clínica ou biotecnológica, instruindo e aplicando a conduta mais conveniente em cada caso, dentro de um amplo e complexo universo que esbarra muitas vezes em crenças religiosas e valores pessoais" (A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 511).

[288] Ilustram Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "Tratar a relação médico/paciente como relação de consumo é impingir àquela o mesmo risco existente na prestação de um serviço preciso e exato, como consertar um cano, tarefa na qual a rosca tem de ser do mesmo tamanho da entrado do cano, ou ainda de fabricar uma série de um produto qualquer, na qual, sem dúvida, poderá sair algum com defeito. Quando falamos de prestação de serviço de saúde, estamos diante de algo inexato, pois mesmo quando o serviço é prestado corretamente, fatores totalmente alheios ao prestador podem ocorrer" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., pp. 64-65). Também Bruno MIRAGEM ressalta "a natureza da prestação realizada pelo profissional liberal, que de regra será de caráter personalíssimo (*intuitu personae*), isolada, e que por isso não detém estrutura complexa de fornecimento do serviço" (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 471).

[289] "Ressalta-se que a superioridade de conhecimento do médico – em matéria de Medicina – não pode ser vista como uma questão que coloca o paciente na condição de hipossuficiente, posto que, conforme já dito alhures, este interage o tempo todo, antes do tratamento – desde a primeira consulta – durante e após o seu término" (COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 69).

espera-se do paciente que faça as indagações que lhe sejam particularmente relevantes (por vezes, detalhes que seriam irrelevantes para boa parte dos pacientes e imprevisíveis para o médico), colaborando para que o profissional conheça suas escolhas existenciais e compreenda globalmente os fatores que influenciam tais escolhas (sua resistência à dor, suas convicções religiosas, sua concepção de dignidade). Não pode, assim, por exemplo, o paciente alegar dano ressarcível na hipótese em que recebeu tratamento contrário a certa corrente religiosa, se jamais informou ao médico filiar-se a tal crença.

Em uma palavra, embora o dever de informação (e da correta busca de informações) pelo médico seja da mais alta relevância, a eficácia do consentimento informado depende da colaboração do paciente.[290] Eventual responsabilização do profissional de saúde somente poderia ocorrer diante de sua conduta culposa (frise-se, desviante dos procedimentos típicos) da qual resultasse dano ao cliente, mas não da desídia deste em contribuir para a formação de seu próprio consentimento. Naturalmente, todas essas regras podem (e devem) ser flexibilizadas nas hipóteses em que o paciente se encontrasse impedido de trocar tais informações com o médico, ou lhe fosse particularmente difícil fazê-lo.

3.4.5 *Especialidades médicas associadas às obrigações de resultado*

Exemplo clássico de especialidade médica com regime jurídico diferenciado, a cirurgia plástica tem sido considerada, tradicionalmente, vinculada à noção de obrigação de resultado.[291] Com efeito, afirma-se, o cirurgião plástico que promete tal ou qual modificação na aparência do paciente não estaria autorizado à possível não obtenção do resultado. Nesse sentido, alguns autores diferenciam a cirurgia simplesmente estética (por exemplo, a lipoaspiração ou o implante de próteses mamárias de silicone) da cirurgia reparadora (vale dizer, aquela que tem por finalidade a correção de defeitos congênitos ou lesões adquiridas, tais como a reconstituição de tecidos nas hipóteses de queimadura), considerando que apenas

[290] Sobre o dever de cooperação que também incide para o paciente, v. item 4.3, *infra*.

[291] Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: "[...] a cirurgia estética gera obrigação de resultado e não de meios. Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e, se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 214-215).

as primeiras representariam a assunção de obrigação de resultado pelo médico, seguindo as cirurgias reparadoras a regra geral da obrigação de meios.[292]

Embora bastante difundida, a diferenciação não se coaduna com uma visão sistemática da relação médico-paciente, sempre atenta aos elementos do caso concreto. Com efeito, conforme antes aludido, o dever do médico aproximar-se-á mais do que se convencionou denominar *obrigação de resultado* na medida da confiança despertada no paciente da certeza de determinado efeito final. Assim, será necessário averiguar se o paciente foi alertado dos riscos da cirurgia plástica, se o procedimento foi caracterizado pelo médico como de maior ou menor complexidade, se o resultado, enfim, foi mais ou menos assegurado.

Como se percebe, em uma relação pautada pela boa-fé objetiva e pelos princípios da ética médica, dificilmente se poderia cogitar de uma obrigação de resultado, vez que o paciente teria que, necessariamente, ter sido alertado de possíveis reações adversas e riscos advindos do procedimento. Nesse sentido, a não obtenção do resultado estético prometido, no âmbito de uma relação médico-paciente em que o dever de informação tenha sido adequadamente observado, não diferiria do surgimento de qualquer reação imprevista no organismo do paciente oriunda da intervenção médica, mesmo que não influencie em qualquer aspecto estético – vale dizer, a responsabilidade médica dependeria, ainda uma vez, da verificação do descumprimento dos padrões adequados de procedimento pelo profissional que realizou a cirurgia.

Cumpre ressaltar, ainda, que atribuir, *a priori*, ao médico que realiza cirurgias puramente estéticas um regime de responsabilidade evidentemente mais oneroso constitui inadmissível penalização, revelando inexplicável discriminação em face dessa espécie de procedimento;[293] com efeito, o fato de a cirurgia ser realizada pela simples vontade do paciente, sem que decorra de uma lesão ou deformidade pré-estabelecida, não impede que a

---

[292] Aduz Aguiar DIAS: "No tocante à cirurgia estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há de ser enquadrada como obrigação de resultado, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado procurado pelo cliente" (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 323). No mesmo sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA: "Cumpre, todavia, distinguir a cirurgia corretiva. A uma pessoa que é portadora de uma deformação (não importa se congênita, cirúrgica ou traumática), o médico nem sempre pode prometer eliminá-la, porém, realizar o que seja melhor: obrigação de meios, e não de resultado, neste caso" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 215).

[293] Conforme lembra Miguel KFOURI NETO: "Afirmam os cirurgiões plásticos que, em cirurgia estética, como em todas as demais, surgem complicações pré ou pós-operatórias, podendo chegar até a morte. Quando isso acontece, eles não são bem entendidos, e a reprovação é infinitamente maior do que se tivessem operado um câncer de pâncreas, por exemplo" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 184).

cirurgia estética constitua atividade legítima, a ser exercida dentro dos padrões da ética médica.[294] Ademais, tendo-se em conta que o conceito de saúde deve abranger também o bem-estar psíquico do paciente, a fronteira que divide as cirurgias reparadoras das simplesmente estéticas (ou, em outras palavras, os defeitos e lesões dos meros aperfeiçoamentos estéticos) torna-se excessivamente tênue e incerta.[295] Todas estas considerações também se aplicam, diante da identidade de *ratio*, aos procedimentos não cirúrgicos da medicina estética, tais como aqueles realizados por dermatologistas.

Outra especialidade que costuma receber estudo autônomo é a *anestesiologia*. Relegada no passado a categoria inferior, sendo confiada a médicos assistentes ou mesmo a estudantes de medicina, a anestesia recebe hoje enorme importância, conforme se constataram os enormes riscos que podem dela advir para o paciente, com a possibilidade de óbito ou de sequelas irreversíveis.[296] Assim como na cirurgia estética, também na anestesia parte da doutrina entende haver obrigação de resultado;[297] em uma visão contemporânea, o foco deve deslocar-se, como já sustentado, para a adoção, no caso concreto, de uma conduta diligente e adequada pelo anestesista.[298]

Na já aludida tendência à previsão de deveres típicos, a doutrina tradicional ainda costuma enumerar certas obrigações específicas do anestesista, tais como: nunca realizar anestesias cujo risco seja maior que o risco da cirurgia; nunca realizar anestesias sem o consentimento do paciente (ou, na impossibilidade deste, de seu responsável); nunca realizar anestesias sem testemunhas; sempre proceder a exame das condições fisiopsíquicas do paciente antes da anestesia; dentre outras.[299] Como toda previsão em abstrato de deveres

---

[294] O Código de Ética Médica atual foi especialmente incisivo com as hipóteses de programas televisivos que exploravam procedimentos de cirurgia estética, estabelecendo, em seu art. 114, que é vedado ao médico "consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa".

[295] Afirma Miguel KFOURI NETO: "não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma 'cirurgia de luxo' ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 183).

[296] Relata-o Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., p. 212.

[297] A respeito, cf. Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 168. Afirma Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR que o anestesista assume "obrigação de resultado, desde que tenha tido oportunidade de avaliar o paciente antes da intervenção, e concluir pela existência de condições para a anestesia, assumindo a obrigação de anestesiá-lo e de recuperá-lo" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 156).

[298] Aduz Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "Parece, todavia, que a álea a que estão submetidos o anestesista e seu paciente não é diferente das demais situações enfrentadas pela medicina, razão pela qual não deixa de ser uma obrigação de meios, ainda que se imponha ao profissional alguns cuidados especiais, na preparação do paciente, na escolha do anestésico, etc." (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 156).

[299] Tais deveres foram primeiramente elencados por Aguiar DIAS (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 314), e incluem ainda o dever de não ministrar drogas entorpecentes ao paciente, exceto na medida exata e quando for

típicos, semelhante rol não se mostra capaz de justificar todas as hipóteses de atuação do anestesista; assim, por exemplo, não é incomum que o risco da anestesia seja sobremodo maior que o risco do procedimento em si, mas que o benefício ao paciente legitime sua realização.[300]

imprescindível para amenizar a dor, e não realizar anestesia em procedimento cirúrgico ilícito, tal como um aborto clandestino.

[300] Exemplifica Miguel KFOURI NETO: "Sendo cardiopata e de idade avançada o paciente que se submete a cirurgia singela, mas necessária para se reduzir fratura, por exemplo, em que haja a necessidade de indução anestésica, esta representará um risco sobremodo elevado" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 168).

4 CULPA NORMATIVA E A MEDIDA DA ADMISSIBILIDADE DO ERRO MÉDICO

O que não tem remédio, nem nunca terá
O que não tem receita.

– CHICO BUARQUE
(*À flor da pele*)

Ao longo do trajeto até aqui percorrido, buscou-se reafirmar o papel da culpa como elemento inafastável para a responsabilidade civil dos profissionais liberais e, especificamente, do médico. Para que o tradicional conceito de culpa, todavia, possa adaptar-se adequadamente à complexidade contemporânea (acompanhando tendência observada em todos os setores do direito civil quanto ao abandono de parâmetros excessivamente subjetivos em prol da objetivação dos mais variados critérios empregados pela dogmática civilista), torna-se necessário buscar novos mecanismos para a identificação da culpa no âmbito da relação firmada entre o profissional e seu cliente.

Embora fundamentalmente dependentes dos elementos do caso concreto – o que dificulta sobremodo sua sistematização em abstrato –, tais parâmetros seguem algumas diretrizes gerais, decorrentes da própria lógica das profissões liberais, que serão analisadas a seguir. O estudo de tais diretrizes, se não oferece soluções prontas para a qualificação das hipóteses concretas de danos produzidos pela atividade médica, permite, ao menos, reafirmar os princípios fundamentais que devem guiar essa qualificação, de posse dos quais poderá o intérprete ponderar, à luz do caso concreto, a medida da admissibilidade do erro médico (ou, em última instância, da falibilidade do profissional).

4.1 **Culpa normativa: análise procedimental e padrões objetivos de aferição**

Além das já referidas dificuldades em se associar a noção de erro à responsabilidade civil do médico (criando-se, por assim dizer, um requisito extra para o surgimento do dever de indenizar –injustificável, vez que não remete a todas as possibilidades de danos decorrentes

do exercício da medicina),[301] a expressão "erro médico" ainda apresenta uma outra desvantagem: revela-se muito próxima da concepção clássica de culpa,[302] dita *culpa psicológica*, associada à violação de um dever específico preexistente, na formulação clássica de Planiol, e vinculada à consciência em relação ao procedimento e, especialmente, à previsibilidade ou não do resultado.[303]

O direito civil contemporâneo, ao contrário, caminha em direção à adoção de parâmetros objetivos de valoração dos fatos jurídicos, o que tem ocasionado, no que concerne à disciplina da responsabilidade civil subjetiva, a substituição da concepção psicológica da culpa por uma segunda noção, denominada *culpa normativa*, baseada no descumprimento da máxima do *neminem laedere*.[304] Nessa acepção, "a culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias".[305] Com a noção normativa da culpa, valorizam-se os componentes objetivos do comportamento juridicamente merecedor de tutela, de tal modo que seu descumprimento se torna o fundamento de imputação da responsabilidade,[306] afastando-se o exame – ficcional e,

---

[301] A respeito, v. item 3.1, *supra*.

[302] Adverte Maria Celina BODIN DE MORAES: "especialmente devido à reconhecida dificuldade em diferenciar erro e culpa, mais útil ainda se torna o aproximar-se da concepção normativa em sentido estrito, isto é, defender a relatividade da culpa (*rectius*, do erro), inclusive com relação a cada uma das especialidades médicas" (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 215).

[303] Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., pp. 75-77.

[304] Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: "O conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita 'normativa' ou 'objetiva', da outra, dita 'psicológica'" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 395). Remata a autora: "De fato, se se entende por culpa não o conceito psicológico mas o conceito normativo, baseado em *standards* de conduta, a culpa se torna sempre e cada vez mais objetiva, configurando-se como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência" (o.l.u.c.).

[305] Maria Celina BODIN DE MORAES. *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 211.

[306] Na clássica página de Stefano RODOTÀ: "*La violazione del limite della solidarietà, implicita nell'esserci verificato un danno ingiusto, esige* [...] *una qualificazione in direzione soggettiva, perchè si possa far luogo alla imputazione della responsabilità a titolo di colpa (in base al criterio della colpa)* [...]. *Questa qualificazione è possibile in quanto il limite della solidarietà si presenta pure come misura dell'agire,* standard *operante sempre che un contatto sociale specifica in concreto l'esigenza di apprezzare le componenti obiettive del comportamento. Come nella direzione del danneggiato il limite della solidarietà condiziona la rilevanza delle situazioni giuridicamente protette ai fini della qualificazione d'ingiustizia, così nei confronti dell'agente esso si pone come condizione per la qualificazione culposa del comportamento; e come, nel primo caso, era l'esistenza della situazione tutelata a dar rilevanza ai fini risarcitori alla violazione del limite, per quanto riguarda la colpa la violazione va in concreto apprezzata alla stregua del metro di valutazione del comportamento previsto dall'ordinamento tutte le volte che l'attività di un soggetto abbia come punto di incidenza interessi altrui* [...]" (*Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 173-174).

portanto, inconveniente em si mesmo – de qualquer elemento subjetivo vinculado à consciência e à possível previsibilidade em relação ao resultado danoso.

A evolução de um critério eminentemente subjetivo de culpa por um parâmetro objetivamente aferível (ação conforme ou desviante a padrões médios de conduta) se justifica no cenário da pós-modernidade, em face de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada. Ironicamente, é no momento histórico de menores certezas e poucos consensos que se torna necessário propor a responsabilidade civil com base em parâmetros gerais e objetivos. Isso porque, se no passado foi possível atribuir, com alguma facilidade, o dever de reparar a partir de uma compreensão coletiva (diga-se, bastante homogênea) sobre as condutas profissionais e sua valoração social, o momento contemporâneo insere tantas novas variáveis na *fattispecie* concreta que se faz preciso fixar algum critério objetivo para que o regime da responsabilidade civil seja dotado de alguma segurança e previsibilidade.[307]

Tal afirmação se torna mais clara quando analisada à luz de exemplos concretos do exercício da medicina. Certamente, a atribuição de responsabilidade nas hipóteses de grave imperícia ou negligência – aquelas encontradiças nos textos clássicos, tais como o instrumento cirúrgico deixado no interior do corpo do paciente, ou o erro crasso no diagnóstico de enfermidade muito comum – não oferecem maiores dificuldades ao intérprete de hoje. A atividade médica, porém, restaria inviabilizada diante do diversificado cenário atual, em que a multiplicidade de novas técnicas, aparelhagens e exames, aliada ao desenvolvimento do conhecimento científico mundial e à crescente preocupação com a autonomia da vontade do paciente proporcionam múltiplas variáveis para os resultados dos tratamentos, se o profissional de saúde não pudesse se basear no cumprimento de procedimentos-padrão que legitimem sua conduta e retirem de seu âmbito de responsabilidade possíveis danos que não se encontram sob seu controle.

Nesse cenário, o fundamento de atribuição da responsabilidade ao médico deve ser o descumprimento de um conceito normativo de culpa, objetivamente aferível a partir do descumprimento de procedimentos padronizados, sensíveis à confiança naturalmente

[307] Observa Maria Celina BODIN DE MORAES: "Não obstante a aparente contradição em termos, a mudança foi simples e significativa, porque se compreendeu que a concepção antiga, a psicológica, é que era, sob certo ponto de vista, 'objetiva', em razão de reconduzir todas as situações a uma única noção, abstrata, sob o modelo do bom pai de família, isto é, um modelo invariável de diligência. Através da nova concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, da direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram 'subjetivados' ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – *standards* – de conduta, que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais" (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 213).

despertada na sociedade pelo exercício de uma profissão liberal, mas concebidos de modo a não se exigir do médico onisciência ou infalibilidade sobre-humanas,[308] e sim a diligência e perícia legitimamente esperadas pelo paciente e pela sociedade como um todo.

Nesse diapasão, o futuro da responsabilidade civil do médico parece residir na previsão, não mais de deveres taxativos[309] ou de hipóteses de erro médico[310] – herança de uma mentalidade tipificadora paulatinamente abandonada pelo direito civil –, mas de procedimentos-padrão[311] capazes de determinar a legitimidade da atuação médica levando em conta, dentre outros fatores: i) o estado da arte da ciência médica, no que tange ao procedimento, terapia, exame ou conduta adotados;[312] ii) as normas éticas atinentes à profissão[313] e aos princípios da bioética;[314] e iii) o respeito à autonomia existencial hoje

[308] Advertem Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "o médico também é uma pessoa, sujeito a inúmeras limitações impostas pela sua própria condição humana e também pela Ciência Médica, sem contar a ação ou a omissão do paciente durante um certo tratamento" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 60).

[309] A doutrina costuma listar inúmeros deveres atribuíveis aos médicos, adotando cada autor uma sistemática diferente. Aguiar DIAS (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 285) divide os deveres do médico entre conselhos, cuidados, obtenção de consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo. Gustavo TEPEDINO (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 90), por sua vez, sistematiza-os como deveres de informação, emprego da técnica adequada e tutela do melhor interesse do enfermo.

[310] Muitos autores elencam diversas hipóteses de erro médico. Exemplificativamente, com diversos exemplos de casos de negligência, de imprudência e imperícia médica, v. Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., pp. 93 e ss.

[311] Assim, por exemplo, entende Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 145).

[312] Afirma Bruno MIRAGEM: "Exigência inafastável, contudo, será a de que o profissional permaneça atualizado na sua área de atuação. Considera-se inerente ao dever de conhecimento técnico do profissional médico sua permanente atualização, o que faz situá-lo de acordo com o grau de desenvolvimento científico" (Responsabilidade civil médica no direito brasileiro, cit., p. 61).

[313] Bruno LEWICKI ressalta a importância das normas deontológicas como "suporte" à disciplina jurídica do exercício profissional: "Longe de materializar enevoadas obrigações de cunho meramente moral, cujo inadimplemento somente daria margem a sanções corporativas, os códigos profissionais de ética (e, claro, a praxe setorial consagrada) passam a desempenhar um papel fundamental como meio hábil para mensurar o quanto a conduta visada afastou-se das melhores práticas" (Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110).

[314] Afirmam Carlos Alberto Dabus MALUF e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus MALUF que a relação médico-paciente deve ser pautada "pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada. É de vital importância o respeito aos princípios bioéticos de autonomia (externado pelo consentimento livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e justiça, objetivando o melhor cuidado dedicado ao paciente tendo em vista sua intrínseca dignidade" (A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente, cit., p. 512).

reconhecida ao paciente, exercida por meio de escolhas baseadas no intercâmbio de informações com o médico.[315]

Tais fatores correspondem, em larga medida, aos já aludidos deveres de segurança e de informação normalmente associados às profissões liberais. O procedimento adequado aos padrões científicos proporciona a segurança legitimamente esperada da conduta profissional, ao passo que o consentimento informado e o diálogo construído entre médico e paciente correspondem ao núcleo do dever de informação imputado ao médico. Tais deveres, porém, embora didaticamente úteis, não devem ser vistos como setores estanques do atuar médico, sob pena de se recair no já referido casuísmo que permeia a maior parte das obras que tratam da responsabilidade civil desse profissional. [316] As normas éticas da profissão e os princípios da bioética, por exemplo, comunicam-se tanto com o aspecto da segurança quanto com o aspecto da informação, e não seria incorreto afirmar que o intercâmbio de informações entre médico e paciente também deve obedecer padrões estabelecidos pela própria comunidade científica para casos concretos semelhantes.

4.2 **Peritos e conselhos profissionais: a relevância da consulta aos pares**

Como decorrência da confiança que se dedica aos serviços por eles prestados, "profissionais em geral e o médico em particular têm o dever de atuar em conformidade com o conhecimento que possuem, com as habilidades e cuidados ordinários empregados pela comunidade profissional da qual são integrantes".[317] Afirma-se, nesse sentido, que cabe aos médicos o dever de se manterem, na medida do possível, constantemente atualizados quanto aos avanços científicos e às novas técnicas preconizadas pela medicina, não podendo tais

[315] O consentimento do paciente, nesse contexto, tem desempenhado, nos últimos anos, papel de extrema relevância, por vezes quase onipresente, para a legitimação do procedimento médico (a respeito, v. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, cit., pp. 40 e ss.). Trata-se de noção que se difundiu no bojo da ampliação dos direitos do paciente e do desenvolvimento dos instrumentos de defesa da autonomia existencial como forma mais direta de realização da própria dignidade humana.

[316] Por outro lado, não se questiona que o descumprimento de qualquer um desses deveres pode gerar responsabilidade civil, mesmo que os demais não tenham sido descumpridos: "O dever de informar é independente do dever de diligência do médico na realização do tratamento e procedimentos correlatos, podendo ocorrer responsabilização civil do médico por falta de cumprimento do dever de informação, mesmo na hipótese de ausência de erro médico" (BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 334).

[317] BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 335.

profissionais alegarem desconhecer a obsolescência de determinadas técnicas, terapias, medicamentos etc. – ressalvadas, evidentemente, as condições fáticas de acesso a tais conhecimentos.[318]

De fato, não se pode imputar ao profissional o dever de manter-se atualizado para além de suas condições (inclusive econômicas) de buscar conhecer os avanços científicos, do mesmo modo em que não se pode exigir que, conhecendo os mais atuais procedimentos, empregue-os em seu exercício quotidiano se não tem acesso aos instrumentos e equipamentos necessários para tanto.[319] Do mesmo modo, afirma-se que o médico generalista, também dito centralizador (como o clínico geral ou o pediatra) tem menos responsabilidade que o médico especializado na área que trata da enfermidade que acomete o paciente;[320] por isso mesmo, espera-se que o médico sempre encaminhe seu cliente para um especialista, caso entenda que seus conhecimentos se encontrem aquém do conhecimento exigido para acompanhar o quadro clínico do enfermo.[321]

---

[318] Aduz Judith MARTINS-COSTA: "O médico tem também o dever de se informar acerca dos progressos da ciência médica. O estar atento às publicações especializadas e aos resultados das pesquisas constitui dever jurídico, pois não servirá de escusa o alegar que "não sabia" dos riscos que tal ou qual conduta implicava, ou que não tinha ciência acerca de tal ou qual técnica, estando os médicos adstritos às chamadas 'regras não escritas da boa prática' [...] A não atualização (ou a atualização deficiente) importará em negligência, que é forma de culpa. Entretanto, a efetiva amplitude deste dever é sempre avaliada em concreto, à vista da efetiva possibilidade de atualização profissional considerada objetiva e subjetivamente, respondendo-se à questão de saber se "aquele" médico, "naquelas" reais circunstâncias, poderia ou não ter tido acesso à informação atualizada. O que se averigua é a possibilidade da aquisição do conhecimento atualizado, e não o efetivo conhecimento do médico" (Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*. Vol. 831. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2005, p. 115).

[319] Aduz Marcelo BENACCHIO: "Portanto, deve ser considerado o grau de conhecimento, cuidado e habilidade técnica que um médico deve possuir, inclusive considerando-se as instalações e equipamentos médicos disponíveis na localidade de atuação do médico" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 337). Sobre a realidade brasileira, afirma Fernando Gomes CORREIA-LIMA: "Na realidade, não se pode negar que as condições de trabalho impróprias para o exercício da medicina, sem os recursos humanos e materiais mínimos e indispensáveis para uma boa prática, são, infelizmente, encontradas na maioria dos casos, mesmo nas capitais e, pior ainda, nos recantos longínquos dos interiores do Brasil. A falta de uma simples agulha de sutura a material de assepsia e medicamentos básicos, evoluindo para os mais elementares exames laboratoriais, dificulta e por vezes impede a atuação correta do médico, ferindo a dignidade do doente. Por sua vez, o médico, sobremaneira proletarizado e submetido aos contratos de medicina de grupo ou seguro de saúde, vê-se impossibilitado de atuar com a autonomia necessária ao seu bom desempenho, sendo limitado nos meios de diagnóstico e cura – e em determinadas circunstâncias, até obstado no tempo de internação necessário para a cura do paciente" (*Erro médico e responsabilidade civil*, cit., p. 15).

[320] Segundo Miguel KFOURI NETO, apoiado em entendimento de Teresa Ancona LOPES, "o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 85). No mesmo sentido, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "do especialista, exige-se mais que do médico generalista" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 146).

[321] Adverte Marcelo BENACCHIO: "De outra banda, salvo caso de imperiosa urgência, tem o médico o dever de encaminhar o paciente a um especialista na hipótese de o tratamento situar-se fora de suas habilidades e conhecimento técnico" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 336).

Como a responsabilidade civil dos profissionais liberais decorre – repita-se ainda uma vez – da confiança que *legitimamente* se pode depositar em sua atuação, todos os elementos do caso concreto devem ser levados em consideração para a averiguação de eventual quebra de seu dever de diligência. Com efeito, não se pode esperar a mesma perícia de um especialista ou de um médico generalista,[322] da mesma forma que a confiança depositada em profissional famoso, renomado por sua especialização ou por sua precisão técnica (em geral, remuneradas com honorários acima do valor médio de mercado do serviço respectivo), não é a mesma confiança que se tem sobre o atuar de um profissional de menor notoriedade, que o paciente encontrou, por exemplo, por intermédio de uma empresa operadora de plano de saúde. Tais considerações não eximem nenhum médico de observar a máxima diligência em seu atuar, mas são fatores que devem, necessariamente, ser considerados pelo julgador.

Ainda sobre o dever de atualização e formação adequada do profissional, vale ressaltar que não se questiona a ampla liberdade que o médico detém para escolher os métodos e técnicas que empregará no exercício de sua profissão, podendo filiar-se a escolas de pensamento mais ou menos conservadoras – o que, aliás, faz parte do modo como, na condição de profissional liberal, procura destacar-se no mercado. O que não se admite é o procedimento absolutamente descartado pela comunidade científica, pois neste caso se estará expondo o paciente a um risco desnecessário, diante do avanço da arte médica, o que contraria a confiança depositada pelo cliente no profissional.[323]

Se todos esses fatores se mostram essenciais na avaliação da conduta médica, não pode, portanto, o julgador prescindir da consulta à opinião especializada quando se deparar com um caso de responsabilidade civil do médico.[324] De fato, apenas outro profissional

---

[322] Observa Maria Celina BODIN DE MORAES: "assim, por exemplo, o grau de perícia de um cirurgião plástico não seria o mesmo que se esperaria de um cirurgião de tórax" (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 215).

[323] Conforme ressalta Marcelo BENACCHIO: "Assim, ao se considerar a técnica utilizada pelo médico não basta sopesar a existência de outras reputadas melhores e/ou mais recentes, mas sim se a utilizada ainda se encontra em uso na escola de pensamento da qual o médico faz parte, não tendo sido totalmente descartada pela ciência médica. Portanto, também há a obrigação, como ocorre em todas as profissões, de um constante aprimoramento científico-profissional do médico em sua área de atuação, empregando a técnica adequada ao tempo da execução do tratamento" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 336).

[324] Afirma Bruno LEWICKI: "as incessantes transformações no âmbito da responsabilidade civil tornaram cada vez mais importante o recurso aos preceitos profissionais, quer da publicidade, da medicina, da advocacia ou de qualquer outro ramo. Não se pode exigir da magistratura plena apreensão das especificidades de cada ofício, confiando apenas à percepção do julgador esta apreciação; antes, é desejável tal aproximação aos mandamentos, formais ou não, que regem as várias manifestações do trabalho humano [...]" (Realidade refletida, cit., p. 110). A necessidade de consulta, pelo julgador, às práticas correntes recomendadas pela comunidade científica na aferição da culpa médica já foi identificada na legislação estrangeira. Cite-se, exemplificativamente, na Itália, o Decreto Legislativo 158/2012, cujo art. 3, ao tratar da aferição da culpa leve do médico (em consonância com o art. 2.236 do Codice – segundo o qual, se a prestação de serviços implicar a resolução de problemas técnicos de

especializado na mesma área pode determinar se o procedimento adotado pelo médico no caso concreto mostrou-se consentâneo com os parâmetros que a praxe médica e o estado atual do avanço científico consideram adequados para situações semelhantes.[325] Não se afigura razoável esperar do magistrado que consiga avaliá-lo sem a oitiva de especialistas; as regras técnicas e os costumes profissionais apresentam a peculiaridade de, embora integrarem o ordenamento jurídico do caso concreto,[326] não pertencerem ao domínio de conhecimento do Direito.

A relevância da prova pericial e da consulta aos especialistas para o julgamento do procedimento médico pareceria evidente, não fosse uma alegação recorrente na doutrina que se dedica ao tema: a de que os profissionais liberais em geral, e a classe médica especificamente, tenderiam ao *esprit de corps* ao emitirem pareceres a respeito da atuação de seus pares[327] – trata-se do muito referido corporativismo.[328] Nesse sentido, não são raras as declarações doutrinárias no sentido de asseverar que o juiz não deve permanecer adstrito à

---

especial dificuldade, o prestador não será responsabilizado por danos, exceto se agir com dolo ou culpa grave – e com o art. 1.176 do Codice – determinando que, no exercício de atividades profissionais, a diligência deve ser avaliada com respeito à natureza da atividade), dispõe: "*Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attivita' dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunita' scientifica nazionale e internazionale*".

[325] Afirma Fernando Gomes CORREIA-LIMA: "A efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional na área da responsabilidade civil relacionada ao erro médico são, reconhecidamente, carentes e a análise da prova de culpabilidade, do dano e do nexo de causalidade suscita profundas reflexões, exigindo-se dos operadores do Direito a ampliação dos seus limites de conhecimento e de prática para, assim, poderem oferecer a melhor justiça para um maior número de pessoas" (*Erro médico e responsabilidade civil*, cit., p. 15).

[326] Sobre a noção de ordenamento do caso concreto, muito cara à escola de direito civil-constitucional, v. item 2.4, *supra*.

[327] São encontradiças na doutrina desqualificações do laudo pericial, que muitas vezes estaria maculado por um "censurável espírito de corpo" e por um "excessivo tecnicismo da prova" (KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 89). A preocupação não é recente, sendo encontrada, por exemplo, em René SAVATIER: "*Presque nécessairement, l'ignorance technique des juges les conduit, eux-mêmes, à une expertise. Mais, celle-ci étant, d'ordinaire, confiée à un médecin, ils restent en éveil, dans l'utilisation du rapport d'expert, sur la solidarité professionnelle susceptible de créer une confraternelle indulgence : ils se réservent donc de redresser l'expertise. On ne saurait toutefois, suspecter systématiquement l'expert, et surtout méconnaître les exigences propres de la profession médicale dont il a le sentiment plus immédiat que le juge*" (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, cit., p. 381).

[328] Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: "Nas questões judiciais, não sendo o magistrado um técnico, a experiência revela que deve ser recebida com cautela a opinião do perito em que se louva, pois que este, sem embargo de seu elevado conceito, tende a isentar o colega, pelo ato incriminado, sob a inspiração do *esprit de corps* ou solidariedade profissional" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 203). No mesmo sentido, ressaltam os MAZEAUD: "*il est d'usage de s'entourer de l'avis de spécialistes. Il faut bien d'ailleurs reconnaître que les médecins-experts ont une tendance certaine a exonérer leurs confères et, à ce point de vue, on peut avec quelque raison dire qu'en fait il faudra une faute professionelle grave pour que la responsabilité d'un médecin soit engagée sur avis conforme des experts. Mais il importe de souligner que les juges ne sont pas tenus de suivre cet avis, et qu'ils ont notamment le devoir de condamner, s'il résulte du rapport que les experts, découvrant une faute, ont dégagé la responsabilité de l'auteur du dommage sous prétexte que cette faute n'était pas suffisamment lourde*" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Tome I, cit., p. 476).

opinião dos peritos, pois elas não seriam plenamente confiáveis: a perícia, afinal, é realizada por um profissional que, segundo essa perspectiva, colocar-se-ia no lugar do réu e tenderia a protegê-lo.[329]

Ora, certamente o juiz não deve permanecer adstrito à prova pericial, como, aliás, não deve permanecer adstrito a nenhuma prova isoladamente considerada – como decorrência do próprio livre convencimento motivado,[330] deve o magistrado formar sua opinião a partir de todos os meios de prova que estiverem à sua disposição.[331] Isso não significa que deva *desconfiar* da prova do perito (que, no mais das vezes, foi escolhido pelo próprio magistrado), como parece recomendar parte da doutrina. Afinal, o perito se sujeita, ele próprio, a um regime de responsabilidade,[332] não sendo razoável partir do pressuposto de que incumba ao médico realizar uma dupla prova: a de que procedeu adequadamente, por meio de prova pericial, e a de que a prova pericial corresponde a parecer sério, não influenciado pelo espírito corporativista.[333]

De mais a mais, se algum nível de corporativismo acaba por se verificar em todas as profissões, talvez a razão de se identificá-lo de forma tão usual em meio à classe médica resida justamente no fato de que tais profissionais lidam com riscos tão elevados sobre um bem jurídico merecedor da mais alta tutela – a vida do paciente – e têm precisado arcar, cada

---

[329] Afirma Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 147).

[330] Trata-se de princípio da maior relevância para o direito processual. Afirma Humberto THEODORO JÚNIOR que "na apreciação da prova, o juiz procederá livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas sem ir além do pedido (*iudex secundum allegata et probata decidere debet*). Mas a livre apreciação da prova não é sinônimo de arbitrariedade, já que há de ser feita segundo critérios lógicos e máximas da experiência, cabendo ao juiz fundamentar a sentença, através da indicação expressa dos motivos que formaram o seu convencimento (art. 131)" (*Curso de direito processual civil*. Vol. I, cit., p. 210).

[331] Nota Caio Mário da Silva PEREIRA que, "mesmo em face de um laudo pericial, o juiz não está adstrito às conclusões da perícia, podendo, sem embargo das constatações do relatório, proclamar a culpa contrariamente às conclusões do laudo, como, aliás, é expresso em nosso Código de Processo Civil, uma vez que o juiz não é adstrito ao laudo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 203).

[332] Dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer".

[333] Em contundente crítica à alegação de corporativismo, ressaltam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA a responsabilidade que recai sobre a classe médica: "No caso do erro médico cria-se, muitas vezes, a falsa impressão de que os órgãos de classe ou não julgam adequadamente os erros ou os escondem, em atitude corporativista. É bom lembrar que o médico, diferentemente do cidadão leigo, quando comete erro, é passível de julgamento em dois tribunais: o da classe médica (Conselho de Medicina) e o da Justiça Comum. A pena, aliás, é mais grave para o profissional do que para o cidadão leigo. O médico não é, pois, acobertado nem julgado apenas pelos médicos, em suposta atitude de 'máfia de branco'; está sujeito à normatização, tanto do Código Penal quanto do Código Civil" (*Instituições de direito médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18).

vez mais, com uma tendência crescente à sua hiper-responsabilização. Se o Direito não apresenta apenas uma função repressiva ou prescritiva de condutas, mas também uma função promocional,[334] a concepção, aqui defendida, de equilíbrio processual entre médico e paciente, não se partindo da lógica da desconfiança em relação ao primeiro e da vitimização do segundo, pode reverter o quadro atual, afastando progressivamente a suspeita de corporativismo nos pareceres de especialistas. Em uma palavra, quanto mais se garantir uma avaliação justa do procedimento médico, maiores são as chances de uma perícia absolutamente técnica e confiável.

Se a opinião de um único especialista, por qualquer fator relevante no caso concreto, não parecer fidedigna ou suficiente ao magistrado, parece razoável o recurso a um colegiado de especialistas, junta médica ou mesmo a órgãos oficiais de representação, como os Conselhos Regionais e o Conselho Federal de Medicina. Tais órgãos contam com a vantagem da impessoalidade, além de serem dotados, cada vez mais, de responsabilidade institucional, de tal modo que seus pareceres (bem como resoluções e normativas que possam emitir a respeito de procedimentos médicos específicos) têm se mostrado de tamanha valia que o legislador passou a confiar neles ao ponto de atribuir força de lei.[335]

4.3 **A relação médico-paciente: boa-fé objetiva e equilíbrio no ônus probatório**

Conforme salientado diversas vezes ao longo do presente estudo, o exercício liberal de uma profissão como a medicina rege-se por uma lógica predominante, que é a da confiança.

---

[334] A função promocional do Direito foi enunciada, dentre outros, por Norberto BOBBIO: "Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover" (A Função Promocional do Direito. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007, p. 13). Remata o autor: "A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas" (Ibid., p. 15).

[335] O Del. 7.955/1945 criava, em seu art. 5º, "d", a competência dos Conselhos Regionais de Medicina para "emitir parecer ou proferir laudo arbitral em questões suscitadas por médicos ou em que estes sejam partes em sua qualidade de profissionais". O referido decreto-lei foi expressamente revogado pela L. 3.268/1957, que não reproduziu esta competência. Não significa, porém, que os Conselhos Regionais tenham sido destituídos dela. De fato, o art. 1º da Lei garantiu a autonomia administrativa ao Conselho Federal de Medicina, o que vem a garantir a competência normativa do Conselho – até mesmo por uma interpretação analógica em relação às leis que regulamentam outras profissões, como a L. 6.316/1975, art. 5º (fisioterapia), e a L. 8.906/1994, art. 54 (advocacia).

Confiança, de um lado, que o médico suscita na sociedade de que possui conhecimentos e experiência compatíveis com o estado atual de sua ciência, e de que irá aplicá-los adequadamente em seu exercício profissional; e, de outro lado, confiança que suscita no paciente, ao construir com ele uma relação jurídica específica, com base em uma constante troca de informações, sempre em benefício do enfermo.[336] Quanto a este segundo aspecto, atinente à construção dialogada (e informada) da relação médico-paciente, muito embora as praxes profissionais e mesmo os procedimentos-padrão difundidos na comunidade médica também exerçam importante influência sobre a valoração do procedimento médico (por exemplo, na determinação do modo adequado ou padrão de se prestarem certas informações ao paciente), a sensibilidade do magistrado pode atuar de modo mais livre para fins de identificação de eventual culpa no agir profissional.

Com efeito, a base fundamental da confiança ínsita à relação médico-paciente não se distancia do princípio da boa-fé objetiva, incidente sobre as relações jurídicas em geral. Responsável por importante renovação do direito civil brasileiro,[337] e sobretudo do direito obrigacional, o princípio da boa-fé objetiva foi positivado pelo Código Civil de 2002 em três dispositivos distintos (os arts. 113, 187 e 422), mas já se encontrava previsto no Código de Defesa do Consumidor (nos arts. 4, III e 51, IV)[338] e, segundo alguns autores, também no Código Comercial, 1850.[339] Em formulação bastante difundida, afirma-se que o princípio

---

[336] Anota Marcelo BENACCHIO: "Há uma relação de confiança estabelecida entre o médico e o paciente, decorrente tanto do estado vulnerável deste como da situação de conhecimento superior daquele acerca do estado do paciente e as opções de tratamento. Nesse quadro deve o médico colocar os interesses do paciente acima dos seus próprios interesses – *patient first* –, assim o dever de informação é um ponto crucial nesse relacionamento de sujeição fática, fidelidade e confiança existente na relação médico-paciente" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 332).

[337] A respeito, anota Adriana Espíndola CORRÊA: "O princípio da boa-fé objetiva representa um movimento para a recuperação do sentido ético do direito em uma perspectiva de valoração da conduta pautada pelo respeito e pela lealdade exigíveis em todas as relações intersubjetivas. [...] A boa-fé constitui um padrão de conduta leal, que deve ser observado por ambas as partes. Destaca-se nessa acepção objetiva da boa-fé o respeito pelos interesses legítimos do outro integrante da relação. A aplicação de tal princípio permite que as soluções jurídicas para cada caso concreto levem em conta o comportamento das partes, ou seja, se eles são compatíveis com um *standard* de conduta exigível do homem médio, naquelas situações concretas" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., pp.141-143).

[338] Afirma Claudia Lima MARQUES: "O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, trouxe como grande contribuição à exegese das *relações contratuais* no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217. Grifou-se).

[339] Parte da doutrina considera a boa-fé objetiva positivada em nosso ordenamento desde o Código Comercial de 1850, conforme registrado em parecer de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "A consulente está interessada em saber se o princípio da boa-fé vigorava no Brasil antes da edição do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil de 2002. A resposta é afirmativa. Como norma legislada já constava do Código Comercial de 1850 (art. 131) e como princípio estava presente no sistema jurídico nacional" (Os pressupostos da

desempenharia, ao menos, três funções distintas no ordenamento brasileiro:[340] uma função interpretativa dos negócios jurídicos,[341] uma função restritiva do exercício de direitos (ou, em outros termos, de parâmetro para a identificação do exercício abusivo)[342] e, finalmente, uma função criadora de deveres, ditos anexos, laterais ou instrumentais, às partes de toda relação contratual.[343]

A respeito desta última função, chega-se a afirmar que ela constituiria o verdadeiro conteúdo do princípio, que poderia ser conceituado a partir dos deveres dele derivados.[344] E, em algumas hipóteses, tais deveres, ditos laterais, acabam se tornando de importância nuclear na relação jurídica. Este parece ser o caso da relação médico-paciente, em que os deveres oriundos da boa-fé são considerados obrigações essenciais do médico, integrando a noção de consentimento informado e, de modo geral, o intercâmbio constante de informações que deve

---

responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In LOPES, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente:* o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 484).

[340] A respeito, cf. Judith MARTINS-COSTA: "São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos" (*A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 427-428).

[341] Sobre esta primeira função, afirmam Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES que "o papel hermenêutico desempenhado pela boa-fé em certa medida, tem o condão de definir melhor os contornos tanto dos deveres anexos antes mencionados (função positiva da boa-fé) quando do grau de restrição por ela imposto ao exercício de posições jurídicas individuais (função negativa), fazendo abusivo o exercício que extrapola tais limites. Em outras palavras, o intérprete deverá integrar ao regulamento contratual os deveres de lealdade, de transparência e de informação, bem como impor sacrifício a direitos subjetivos e potestativos dos contratantes, em favor do interesse comum perseguido pelo contrato, definidor de suas finalidades econômicas e sociais" (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I, cit., pp. 231-232).

[342] Para um estudo sobre como o princípio da boa-fé objetiva opera apenas como um dos possíveis índices do exercício abusivo dos direitos – compreendido como exercício disfuncional de situações jurídicas (e, portanto, mais amplo que a própria boa-fé objetiva) – seja consentido remeter a NUNES DE SOUZA, Eduardo. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela, cit., pp. 55-59.

[343] Segundo Judith MARTINS-COSTA, trata-se de "deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schultzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Esses deveres, assinala Mario Julio de Almeida Costa, são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos 'avoluntarísticos' nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, 'deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses', e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor" (*A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 438-439).

[344] Afirmam Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER: "A rigor, as três funções acima apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato" (A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37).

caracterizar o vínculo entre o profissional e seu cliente.[345] Deveres de cuidado, informação e esclarecimento, dentre outros, se já se configuram importantes aspectos das relações contratuais em geral, assumem papel crucial no âmbito da conduta médica.[346]

Mais ainda, a caracterização da boa-fé objetiva como princípio orientador da relação médico-paciente mostra-se útil porque sua incidência não depende, necessariamente, da caracterização do vínculo contratual. Assim, por exemplo, embora na fase pré-contratual (das tratativas ou negociações preliminares) não possa ocorrer, segundo doutrina amplamente majoritária, responsabilidade contratual, e sim aquiliana, ainda assim incidirá o princípio da boa-fé objetiva,[347] e o descumprimento de seus deveres ensejarão responsabilidade, o que muitas vezes se justifica a partir da noção do simples *contato social*.[348] O conceito parece se adequar com perfeição ao caso da relação médico-paciente: mesmo nas hipóteses em que não se considera contratual a responsabilidade do médico, o fato de já haver duas partes individuadas (vale dizer, uma relação juridicamente relevante) torna seus deveres recíprocos mais específicos que o genérico *neminem laedere*.[349]

Em outras palavras, para que a boa-fé e os deveres relacionados à informação incidam sobre casos como os de atendimento de emergência, ou às hipóteses em que, por qualquer

---

[345] Registra Adriana Espíndola CORRÊA: "O dever de informar do médico tem fundamento, da mesma forma, no princípio da boa-fé objetiva. Todavia, o dever de informação ganha novos contornos ao extrapolar o campo das relações patrimoniais. Nas relações concernentes a direitos fundamentais e ao corpo humano, avoluma-se a relevância da ampla informação, que tutele a confiança do paciente e restabeleça de forma mínima o equilíbrio entre as partes, visto que os efeitos do consentimento, baseado em tais informações, refletem-se sobre o próprio sujeito" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., pp. 147-148).

[346] Dentre as principais espécies de deveres anexos decorrentes da boa-fé, destaca Judith MARTINS-COSTA os deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e esclarecimento, os deveres de informação, os deveres de colaboração e cooperação e os deveres de proteção com a pessoa da contraparte (cf. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439).

[347] Por todos, v. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "Também surgem, nas tratativas, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual. Assim a censura feita a quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização, por existir uma relação obrigacional, independentemente de contrato, fundada na boa-fé" (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 250).

[348] Sobre o contato social, afirmava, pioneiramente no direito brasileiro, Clóvis do COUTO E SILVA: "constitui uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da sociologia, relacionando-se com a teoria da associação. Juridicamente, o conceito é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, pois aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe o contrato" (*A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 75).

[349] Cite-se, ainda uma vez, Clóvis do COUTO E SILVA: "Afirmou-se que a culpa extracontratual não consistiria em outra coisa senão no descumprimento de deveres jurídicos genéricos. Tais deveres, bem se vê, seriam supostos. Mas a esse tipo de dever contrapõe-se o real, o concreto, o que nasce de uma relação jurídica, de sorte que a generalidade desses deveres supostos impede que sejam considerados subjetivos. As atividades pré-negociais, afirmam alguns autores, constituem-se em atos concretos, dirigidos a pessoas também concretamente determinadas, revelando interesses, à sua vez, concretos. E, segundo este raciocínio, a situação diferiria da aplicação usual do *neminem laedere*, porque se cuida de harmonizar, transigir, demonstrar vantagens e desvantagens, enfim, em cooperar para que se realize um ato jurídico" (*A obrigação como processo*, cit., p. 76).

motivo, o paciente não escolheu o profissional que iria atendê-lo, nada obsta que a responsabilidade continue sendo aquiliana – muito embora, sem dúvida, quando caracterizado o vínculo contratual tais deveres se intensifiquem muito mais. Caracterizado o contrato, a boa-fé incidirá entre as partes com sua máxima potencialidade; em qualquer caso, porém, deve incidir, criando deveres, frise-se, para ambas as partes. Embora a relação médico-paciente encontre-se funcionalizada ao melhor interesse do enfermo, parte mais vulnerável, a boa-fé atua sobre a relação justamente para equilibrá-la em ambas as direções, como expressão que é do princípio constitucional da solidariedade social.

Assim, por exemplo, se ao médico se imputa o dever de fornecer todas as informações necessárias para a melhor formação possível do consentimento do paciente, este não deve omitir informações do profissional, prejudicando a prestação do serviço.[350] Se, igualmente, é reconhecido o dever do médico de manter toda a documentação atinente ao histórico clínico do paciente, prontuários, laudos de exames etc., e entregá-la ao cliente, ou colocá-la à sua disposição mesmo após o término do vínculo entre eles,[351] por outro lado deve o paciente contribuir para que o médico conheça suas aspirações, expectativas e escolhas, sob pena de, posteriormente, não poder queixar-se de resultado distinto daquele que ele (reconditamente) esperasse. Semelhante equilíbrio deve refletir-se no curso de toda a relação entre médico e paciente, e também no momento patológico – vale dizer, na hipótese de litígio, também deve o magistrado zelar pelo equilíbrio da relação processual. Por isso mesmo, a já criticada inversão indiscriminada do ônus da prova nas ações indenizatórias em face de médicos, a favor dos pacientes (considerados, via de regra, consumidores), não pode ensejar um desequilíbrio injusto contra o profissional liberal.[352]

Sem dúvida, é possível afirmar que o paciente tende a revelar-se processualmente hipossuficiente nas ações por reparação de danos causados por erro médico, na medida em que não dispõe de conhecimentos técnicos para a identificação da conduta médica culposa,[353]

---

[350] Reconhece Adriana Espíndola CORRÊA: "O paciente, de forma correlata, tem o dever de comunicar ao médico todos os dados relevantes para o diagnóstico e tratamento, colaborando com a correta execução da prestação dos serviços médicos, e pautando-se, assim, pelo princípio da boa-fé objetiva" (*Consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 148).

[351] O próprio Código de Ética Médica, em seu art. 88, veda ao médico "Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros", mas determina, no §2º do art. 87, que "o prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente".

[352] Para uma crítica à forma pela qual a jurisprudência contemporânea tem invertido o ônus da prova nas ações indenizatórias em face de médicos, v. item 2.4, *supra*.

[353] Argumenta Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no

nem tem em seu poder, na maior parte das vezes, os prontuários, históricos clínicos, laudos de exames e demais documentos probantes da conduta adotada pelo profissional de saúde. Neste ponto, porém, a atribuição ao médico do ônus de provar que adotou o procedimento profissional mais adequado não deveria decorrer, propriamente, da *inversão* do ônus da prova pelo juiz, e sim da noção, mais contemporânea, de *carga dinâmica da prova*, que determina a distribuição do *onus probandi* entre todas as partes envolvidas no processo, proporcionalmente à sua proximidade aos meios de prova.[354]

Não se pretende, com isso, desmerecer a relevância do mecanismo da inversão do ônus da prova. De fato, tem-se afirmado que, "no que tange às ações de responsabilidade médica, a sua maior utilidade é munir o magistrado de sólidos argumentos jurídicos para superar a resistência contra a flexibilização da valoração da culpa médica".[355] Trata-se de antiga necessidade identificada pelo julgador – o qual, diante da hipossuficiência[356] que, em geral, caracteriza o paciente, buscava inverter o ônus da prova sempre que possível, fazendo caber ao médico a demonstração de que adotou a conduta mais adequada e diligente. Certa corrente doutrinária francesa, em vez de equiparar, como alguns, a prova da culpa à prova do inadimplemento na hipótese de obrigações de meios, chegou a criar a figura da *obligation de moyens renforcés*, com o objetivo de garantir a presunção da culpa do devedor.[357]

---

consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos" (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 146).

[354] Explica Humberto THEODORO JÚNIOR: "O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 [do Código de Processo Civil] é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. [...] Daí ter-se, modernamente, formado um entendimento, com trânsito doutrinário e jurisprudencial, segundo o qual, nas ações de responsabilidade civil, sobretudo em situações de prestação de serviços técnicos como o dos médicos, dentistas e outros de grande complexidade, é de admitir-se um abrandamento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 333 do CPC. Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração" (*Curso de direito processual civil*. Vol. I, cit., pp. 430-431).

[355] RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., pp. 111-112.

[356] Define Sergio CAVALIERI FILHO: "Hipossuficiência é um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo há de ser fixado pelo juiz em face do caso concreto. Não se confunde com vulnerabilidade, embora integre suas características. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor será hipossuficiente. O Código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 293).

[357] RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 23.

A noção de carga dinâmica da prova, porém, resolve com maior facilidade o problema da atribuição do ônus da prova na responsabilidade civil do médico, não partindo de um juízo apriorístico que caracterize o paciente simplesmente como consumidor vulnerável, mas considerando, em vez disso, a facilidade de acesso de ambas as partes à prova, sempre à luz do caso concreto. Curiosamente, porém, embora boa parte da jurisprudência já reconheça a vantagem da teoria, muitas vezes se tem aplicado a carga dinâmica, redundantemente, em conjunto com a inversão do ônus da prova, recorrendo-se à base positiva oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor para reiterar a simples necessidade lógica de não extrair uma questão eminentemente prática e procedimental como a instrução processual de qualificações teóricas e de direito material.[358]

Essa perspectiva, que convoca todos os interessados na lide a participarem da instrução probatória conforme suas possibilidades específicas, permite retomar a discussão quanto à responsabilidade dos profissionais liberais sem desvirtuá-la em simples matéria processual. Especificamente quanto à responsabilidade do médico, torna-se possível retornar ao estudo do mecanismo próprio de verificação de sua conduta culposa, tomando-se por pressuposto que à prova da (in)ocorrência da culpa médica acorrerão tanto o profissional quanto o paciente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

4.4 **Excludentes de responsabilidade civil do médico**

[358] Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão do TJRJ, em que se menciona, a um só tempo, a carga dinâmica e a inversão do ônus da prova: "Apelação cível. Responsabilidade civil do profissional liberal. Responsabilidade subjetiva na forma do art. 14 §4º CDC. Defeito na prestação do serviço. Imperícia. Paciente portadora de endometriose. Ultrassonografia indicando o comprometimento do ovário esquerdo, este com dois cistos e aumento de volume, além de pequeno cisto no ovário direito, este com volume normal. Médico-réu que realiza procedimento cirúrgico por videolaparoscopia e retira o ovário direito, fazendo o esvaziamento do ovário esquerdo, sem efetuar qualquer ressalva no prontuário ou comprovar a necessidade de retirada de órgão diverso daquele que estava comprometido pela doença, conforme os exames complementares. Biópsia que indica a retirada do ovário direito. Autora que necessita passar por nova cirurgia. Ausência dos ovários que traz grave repercussão hormonal para o corpo feminino. Inversão do ônus da prova. Teoria da carga dinâmica da prova. Profissional médico que tinha a melhor oportunidade de produzir a prova que indicasse a necessidade da retirada do órgão direito ao invés do esquerdo, o que não fez. Violação dos princípios da qualidade, adequação e segurança, conforme arts. 4º e 8º CDC. Dano moral. Quantum indenizatório que deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Indenização fixada em R$ 18.000,00. Provimento parcial do apelo" (TJRJ, Ap. Civ. 0020416-47.2001.8.19.0002, 5ª C.C., Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, julg. 10.8.2010).

Analisados os principais aspectos da culpa na responsabilidade civil do médico, cabe uma última palavra a respeito de importante aspecto, desta vez relacionado ao nexo de causalidade, consistente nas chamadas excludentes de responsabilidade.[359] Conforme já registrado, não há no dever de reparar os danos decorrentes do exercício da medicina peculiaridades em relação aos pressupostos dos demais casos de responsabilidade civil subjetiva. Nesse sentido, também as excludentes operam, via de regra, de forma idêntica àquela prevista pela teoria geral da responsabilidade civil e, especificamente, dentro dos mecanismos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor (já que consolidada jurisprudencialmente a aplicação do diploma consumerista à relação médico-paciente).

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 14. [...]
> §3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;
> III - [...]

Nesse sentido, o paciente que não segue nenhuma das orientações médicas, administra irregularmente a medicação prescrita (ou sequer segue a prescrição), ou se recusa a cumprir qualquer aspecto do tratamento indicado, contribuirá com sua atuação para a verificação do dano. Se a conduta do paciente mostrar-se suficiente para interromper o nexo causal que ligava o tratamento médico ao dano sofrido, verificar-se-á *fato exclusivo da vítima*, isentando de responsabilidade o profissional de saúde.[360]

---

[359] Sobre o papel das excludentes de responsabilidade na interrupção do nexo causal, cf. Gisela Sampaio da CRUZ. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., pp. 155 e ss. Afirma a autora: "São três as excludentes de responsabilidade civil que podem interferir na relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano, eximindo-o da obrigação de indenizar, a saber: (i) o fato exclusivo da vítima; (ii) fato exclusivo de terceiro; e (iii) caso fortuito ou força maior" (Ibid., p. 165).

[360] Afirma Gisela Sampaio da CRUZ: "Com efeito, quando o resultado é danoso é consequência direta e imediata da atuação exclusiva da vítima, é ela própria quem deve suportar o prejuízo" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., pp. 166-167). Ilustrativamente: "[...] Inviável a procedência de demanda indenizatória uma vez que, por toda prova existente nos autos, resta demonstrado que nenhuma culpa pode ser atribuída ao médico-cirurgião pelos alegados danos causados à autora e, sim decorrem do próprio descuido da mesma, ao inobservar as recomendações do médico [...]" (TJRS, Ap. Civ. 70014464515, 10ª C.C., Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julg. 10.5.2007).

Igualmente se pode cogitar da exclusão de responsabilidade por *fato exclusivo de terceiro*,[361] como na hipótese em que o paciente decide recorrer a outro médico após ter começado a tratar-se com um primeiro profissional, segue a terapia prescrita por esse segundo médico, e sofre dano. O segundo tratamento pode ser responsável pelo rompimento do nexo de causalidade entre o primeiro tratamento e o dano sofrido, a eximir o primeiro médico de responsabilidade pelo prejuízo (patrimonial ou não) advindo ao paciente.

Controversa é a hipótese de *fato* (também reputado *culpa*[362]) *concorrente da vítima* ou *de terceiro*, não prevista expressamente no Código de Defesa do Consumidor. Alegam alguns autores que, uma vez que o diploma consumerista segue a técnica da responsabilidade objetiva, não caberia falar em concorrência de culpas, já que a culpa do fornecedor de serviços seria irrelevante. A melhor doutrina, porém, já tem admitido plenamente a figura do fato concorrente como elemento a ser considerado para a eventual redução do *quantum* indenizatório, afirmando que a questão não concerne, de fato, à culpabilidade das partes, mas sim à concorrência de causas, o que se afigura plenamente compatível com a responsabilidade objetiva.[363] E, com maioria de razão, considerando que a responsabilidade civil do médico (e dos profissionais liberais em geral) é de natureza subjetiva, resulta inegável a aplicabilidade do fato concorrente na hipótese de dano causado no âmbito da relação médico-paciente.

Estar-se-á diante de fato concorrente, por exemplo, nos casos em que o erro de diagnóstico decorre do defeito no intercâmbio de informações entre o paciente e o médico.

---

[361] "A responsabilidade também é eliminada pela ação exclusiva de terceiro. A excludente do fato de terceiro ataca o próprio nexo de causalidade, já que deixa de haver qualquer relação entre o prejuízo do consumidor e a atividade do sujeito responsável primariamente" (BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 130).

[362] A terminologia *culpa* exclusiva e *culpa* concorrente, da vítima ou de terceiro, bastante encontradiça em doutrina e empregada pelo próprio legislador consumerista, é de todo criticável. A respeito, v. Gisela Sampaio da CRUZ: "Não se trata, em realidade, de culpa exclusiva da vítima, mas de ato ou fato exclusivo da vítima. [...] A expressão 'culpa exclusiva da vítima' é imprópria, sobretudo, porque confunde dois elementos da responsabilidade civil absolutamente distintos: culpa e nexo causal. Quando ocorre 'culpa exclusiva da vítima', a responsabilidade do agente é afastada, por falta de nexo causal entre a sua conduta e o dano" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., pp. 166-167).

[363] Explica Sergio CAVALIERI FILHO: "Se o comportamento do consumidor não é a causa única do acidente de consumo, mas concorre para ele, pode-se falar em culpa concorrente? Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrência de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 254). No mesmo sentido, Gisela Sampaio da CRUZ: "A 'culpa exclusiva da vítima' é uma exclusividade de responsabilidade civil que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano. Dessa forma, até mesmo na responsabilidade civil objetiva, com esta excludente, o agente fica isento do dever de indenizar. Isto é assim porque, embora a responsabilidade objetiva independa de culpa, a ação exclusiva da vítima afeta, frise-se, o nexo causal que o associa ao dano" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 169).

Assim, nem a anamnese foi feita com a devida diligência pelo médico, nem o paciente relatou adequadamente algum sintoma relevante para o diagnóstico. Sem dúvida, tal ponderação exige cautela, tendo-se em conta que o enfermo não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para detectar que informações podem ser relevantes. Em uma perspectiva, porém, que privilegia a tutela do paciente na medida de sua vulnerabilidade, sem vitimizações, a recusa do paciente a colaborar para o conhecimento do médico sobre seu caso clínico certamente terá de ser levada em consideração, a permitir a redução do valor da reparação por eventuais danos advindos de diagnóstico equivocado.[364]

Paralelamente ao fato exclusivo da vítima e do terceiro, também o *caso fortuito*, compreendido como acontecimento imprevisível e, por isso, inevitável,[365] representa hipótese de exclusão de responsabilidade.[366] Embora não aludido expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 14, §3º, não há sentido em se afastar o caso fortuito ou força maior[367] do rol de excludentes de responsabilidade nas relações de consumo e, especificamente, na prestação de serviços por profissionais liberais, na medida em que representa mais um caso de interrupção da cadeia de causalidade necessária à imputação de

---

[364] Avalia José Carlos MALDONADO DE CARVALHO que a concorrência de causas, "uma vez caracterizada passa a ser admitida, ainda que de forma não unânime, como causa de atenuação da responsabilidade civil do médico. [...] Não se quer dizer, com isso, que a concorrência de causas – ou de culpas –, uma vez admitida como causa de atenuação da responsabilidade civil, tenha o condão de excluir a ilicitude da conduta do profissional médico, já que, a toda evidência, não interfere como fator determinante para o rompimento do nexo de causalidade" (*Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*, cit., pp. 218-219). Acrescenta Neri Tadeu Câmara SOUZA: "Há repartição da responsabilidade. O dever de indenizar do médico pode, em juízo, ser diminuído se o paciente contribuiu para com o surgimento de sua lesão decorrente do atendimento médico. Exemplifique-se com as situações em que o paciente omite do médico as informações clínicas vitais na decisão de tomada de condutas terapêuticas pelo profissional, ou quando não segue orientações do médico sobre cuidados a tomar em consequência da doença ou das terapêuticas que foram instituídas pelo profissional. [...] A medida exata do que a ação de cada um contribuir para o evento danoso ao paciente será o parâmetro para atribuir o valor da indenização" (Aspectos da responsabilidade civil do médico, cit., p. 256).

[365] O conceito é encontrado em CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, cit., p. 256.

[366] Alguns autores admitem ainda o caso fortuito como causa concorrente para o dano, atuando na atenuação do *quantum* indenizatório. A respeito, v. Gisela Sampaio da CRUZ: "Quando o fortuito concorre com o agente na produção do dano, deve o juiz atenuar sua responsabilidade, tendo em conta a real incidência de sua conduta no evento danoso, isto é, de acordo com sua cota de participação" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 204).

[367] Tradicionalmente, caracteriza-se a força maior como "o acontecimento inevitável, ainda que previsível, que acarreta danos à vítima", no que diferiria do caso fortuito (MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*, cit., p. 220). Costumam-se, porém, equiparar os termos caso fortuito e força maior, como comenta Caio Mário da Silva PEREIRA: "Preferível será, todavia, não obstante aceitar que abstratamente se diferenciem, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só efeito [...]. Foi nesse sentido que marchou o Código Civil, reunindo os dois conceitos em função da exoneração de responsabilidade, declarando no parágrafo único do art. 393 que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Tendo então em vista o significado negativo da responsabilidade, para o legislador brasileiro força maior e caso fortuito (*vis maior* e *damnum fatale*) são conceitos sinônimos" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 398-399).

responsabilidade ao agente.[368] Assim, o denominado *fortuito externo*, vale dizer, que não guarda relação com a atividade do fornecedor de serviços, deve servir a afastar a responsabilidade do médico.[369]

Difícil, por outro lado, revela-se a transposição da noção de *fortuito interno* para a relação estabelecida entre médico e paciente. Com efeito, sobretudo no âmbito do direito do consumidor, caracteriza-se o fortuito interno como o fato imprevisível e inevitável "ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, [que] não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento".[370] Ora, conforme já assinalado, a atividade do profissional liberal e, especificamente, do médico, mantém até hoje os traços de arte humana individual, de caráter pessoal e pouco compatível com a lógica consumerista. Os riscos inerentes à medicina correspondem aos riscos decorrentes das limitações do estado da arte da ciência: a imprevisibilidade de certas reações do organismo do paciente, a impossibilidade de cura de certas doenças.[371] Como imputar um suposto "risco do empreendimento" ao profissional liberal?[372]

Nesse sentido, por exemplo, poderia o óbito ser atribuído à esfera de responsabilidade do cirurgião que, tendo realizado procedimento cirúrgico com toda a perícia e cautela, não

---

[368] Nesse sentido: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 130. Veja-se, ainda, o entendimento de Gisela Sampaio da CRUZ: "Parte da doutrina manifesta-se pela irrelevância da 'culpa concorrente' do consumidor na atenuação da responsabilidade do fornecedor, por não ter sido expressamente contemplada pelo legislador no elenco das eximentes, mas há quem entenda, a nosso ver com razão, que a atuação concorrente da vítima deve ser aceita como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor. O intérprete deve analisar o microssistema do consumidor inserido dentro de um sistema mais abrangente da responsabilidade civil, a permitir a identificação de outras eximentes ou causas de atenuação que se mostrem com ele compatíveis" (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., pp. 174-175).

[369] Define Sergio CAVALIERI FILHO o fortuito externo como "aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 257).

[370] Sergio CAVALIERI FILHO. *Programa de direito do consumidor*, cit., p. 256.

[371] Ilustram Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: "Tratar a relação médico/paciente como relação de consumo é impingir àquela o mesmo risco existente na prestação de um serviço preciso e exato, como consertar um cano, tarefa na qual a rosca tem de ser do mesmo tamanho da entrado do cano, ou ainda de fabricar uma série de um produto qualquer, na qual, sem dúvida, poderá sair algum com defeito. Quando falamos de prestação de serviço de saúde, estamos diante de algo inexato, pois mesmo quando o serviço é prestado corretamente, fatores totalmente alheios ao prestador podem ocorrer" (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit. pp. 64-65).

[372] A indagação não abrange, por outro lado, a responsabilidade da indústria farmacêutica, à qual, por sua própria natureza empresarial e sua atividade de distribuição de produtos em larga escala, costumeiramente se aplica a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, como aludido por CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, cit., p. 258.

pôde evitar a morte do paciente por força de complicações[373] decorrentes da intervenção médica, sob a alegação de que o falecimento da pessoa sob seus cuidados é um risco que faz parte da atividade? De fato, no quotidiano do profissional de saúde a possibilidade de morte do paciente é um risco inafastável (portanto, incluído no bojo da atividade desenvolvida). Sobrevindo a morte do enfermo, porém, sem que o médico tenha agido culposamente, não há, na realidade, dano indenizável (ou, no jargão do Código de Defesa do Consumidor, não há defeito no fornecimento do serviço, fundamento último de responsabilidade pelo fortuito interno).[374]

Melhor, assim, considerar que o caso fortuito, via de regra, exclui a responsabilidade do médico, sem recorrer à distinção entre fortuito interno e externo, típica das relações de consumo, cuja lógica difere daquela que rege a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.[375] Do contrário, imputar-se-ia ao médico um ônus que poderia mesmo inviabilizar o exercício da profissão, exercida fora de uma estrutura de fornecimento de serviços que permita diluir o peso econômico de indenizações por supostos fortuitos internos (lógica que autorizou, de outra parte, esse tipo de responsabilidade no âmbito das relações de consumo).[376] Em um ambiente de super-responsabilização, e sem ter condições de diluir esse ônus, o médico acabaria por não mais recorrer a todas as alternativas de cura do paciente, mesmo quando contasse com o consentimento deste, apenas indicando tratamentos que

[373] As complicações, ou intercorrências médicas, não se confundem com o dano iatrogênico, pois representam a entrada de um novo elemento na cadeia causal, não decorrendo diretamente da conduta médica. "Todavia, assim como a lesão iatrogênica, uma determinada intercorrência médica, desde que tenha ocorrido independentemente de um atuar médico falho, não pode ensejar obrigação de indenizar, posto que também é um fator fortuito ou de força maior" (Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 51).

[374] Afirma Sergio CAVALIERI FILHO: "O fortuito interno [...] não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável" (*Programa de direito do consumidor*, cit., p. 256).

[375] A distinção entre fortuito interno e fortuito externo, com efeito, segundo abalizada doutrina, não se aplica aos casos de responsabilidade civil subjetiva. Por todos, v. Maria Celina BODIN DE MORAES: "se a responsabilidade se funda no sistema da culpa, tanto o fortuito interno quanto o externo servirão para exonerar; se, porém, a responsabilidade se funda no risco, será mister o fortuito externo (ou a força maior) para a sua exoneração, sendo o fortuito interno insuficiente. A tese merece adesão porque interpreta restritivamente a excludente, de modo a liberá-la de qualquer aspecto subjetivo (interno) do responsável" (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 410).

[376] V. item 2.4, *supra*.

minimizassem os riscos de um resultado negativo a ele imputável (conquanto inevitável) , o que se convencionou denominar *medicina defensiva*.[377]

De outra parte, vale ressaltar que o consentimento informado do paciente, tão aclamado em todas as matérias que concernem o direito à saúde, não equivale a uma excludente de responsabilidade para o médico. Com efeito, consente-se com o tratamento com consciência do risco de dano, não diretamente com a ocorrência do dano. Sobrevindo este, a não responsabilização do médico dependerá da prova da conduta não culposa (vale dizer, da demonstração de que os procedimentos adequados foram seguidos, dentre os quais se inclui o próprio consentimento informado do paciente) ou da interrupção do nexo causal por uma excludente de responsabilidade. O consentimento do paciente insere-se, assim, no âmbito da avaliação da culpa médica, e não na interrupção do nexo causal na hipótese de dano.

Por fim, cumpre consignar que a doutrina especializada sempre afastou a possibilidade de estipulação de *cláusula de não indenizar* no âmbito da relação médico-paciente. Com efeito, como se cogitava da responsabilização do médico apenas nas hipóteses de erro grave, afirmava-se já haver proteção suficiente ao profissional, sem necessidade da estipulação de semelhante cláusula.[378] Embora hoje não se considere o critério da gravidade do erro o melhor parâmetro para a delimitação da responsabilidade do médico, a vedação à cláusula de não indenizar ainda parece ser o caminho mais adequado, ao menos no que tange aos danos à integridade psicofísica do paciente, com os quais esse tipo de cláusula se mostra incompatível.[379] Raciocínio análogo aplica-se às *cláusulas limitativas* de responsabilidade.[380]

---

[377] Na lição de Judith MARTINS-COSTA: "A medicina defensiva pode ser definida como a prática médica que prioriza condutas e estratégias diagnóstico-terapêuticas que têm como objetivo evitar demandas judiciais. Implica um desvio da conduta considerada cientificamente padrão nos cuidados com o paciente por se caracterizar pelo uso excessivo de recursos técnicos. O benefício visado pela prática da medicina defensiva é, essencialmente, do próprio médico e subsidiariamente do paciente. [...] Mas pergunta-se: com base em que critérios o médico teria condições de avaliar o risco de ser processado? Será possível definir, de antemão, uma personalidade mais ou menos propensa a ingressar na Justiça? Esta regra não estaria gerando preconceito e desconfiança, estimulando a belicosidade entre usuários e prestadores dos serviços à saúde? Será possível formar uma aliança terapêutica eficaz isenta de confiança mútua? A situação requer, pois, prudência e razoabilidade, principalmente por parte dos médicos (que devem ter consciência que o paciente é prioritário) e dos juízes (que não podem tratar a prestação de serviços médicos como uma outra qualquer relação de consumo, devendo estar atentos para as especificidades da atividade médica)" (Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia, cit., p. 123).

[378] Por todos, v. Miguel KFOURI NETO: "A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convencioná-la, ela já existe – e fora daí se verifica a absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano" (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 111).

[379] Segundo Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "são nulas as cláusulas de não indenizar que: a) exonerem o agente, em caso de dolo; b) vão diretamente contra norma cogente, às vezes dita de ordem pública; c) isentem de remuneração o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal; d) interessem diretamente à vida

4.5 **Em outras palavras: estaria o médico autorizado ao erro?**

Ao final da análise ora empreendida, quanto ao estado atual do tratamento dogmático e jurisprudencial dos elementos técnicos da responsabilidade civil do médico, sobretudo no que tange ao problema da caracterização da culpa (problema este que ocasionou, com o passar do tempo, o desprestígio do elemento culposo para o surgimento do dever de indenizar), conclui-se que a questão central a ser respondida pelos estudiosos da matéria pode ser assim formulada: em que medida estaria o médico autorizado a errar?[381]

De fato, se o risco representa elemento indissociável da prática da medicina, sendo ínsito à própria ciência médica (que não dispõe de soluções para todas as enfermidades, nem detém um conhecimento pleno das consequências dos próprios tratamentos por ela propostos) e à condição do paciente (cujo quadro pode se alterar ao grado das mais diversas variáveis, inclusive reações imprevistas de seu próprio organismo ou sua própria recusa em seguir a terapia prescrita), aquilo que se denomina coloquialmente "erro médico" parece uma constante inevitável no quotidiano dessa profissão. A medicina, atividade tão antiga quanto as próprias sociedades humanas, não pode deixar de ser exercida a título de prevenção desses riscos; ao contrário, a atuação do médico é relevante justamente para se amenizar a vulnerabilidade do homem em face das enfermidades que podem acometê-lo.

Por outro lado, não se pode incentivar o médico a adotar apenas técnicas que não ofereçam novos riscos, nem incrementem os já existentes, ao paciente. A iniciativa do médico

---

e à integridade física das pessoas naturais" (Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 769. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/1999, p. 105).

[380] Assevera António PINTO MONTEIRO que "se devem considerar interditas quaisquer cláusulas destinadas a limitar ou a excluir uma eventual responsabilidade emergente da atividade médica" (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 309). Explica o autor: "É certo não estar o médico obrigado a mais do que a desenvolver, com cuidado, a perícia e os conhecimentos que lhe são concretamente exigíveis, e no respeito pelas *leges artis*, esforços no sentido da cura do doente, estando arredado qualquer compromisso quanto ao resultado final. [...] O que o médico não pode é, por via de cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, *sem essas cláusulas*, incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituiriam na obrigação de indenizar o doente, designadamente por qualquer *culpa* sua ou dos seus auxiliares. Estão em causa valores – como a vida, saúde, integridade humana –, cujo respeito e proteção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula exoneratória hipoteticamente aceita pelo doente. O ponto é por demais evidente, sendo raros os casos em que tal cláusula constará de um contrato médico" (Ibid., pp. 310-311. Grifos do original).

[381] Fala-se mesmo em um *direito* ao erro, como registra Marcelo BENACCHIO: "há um direito de errar do médico por não ser possível carrear-lhe as limitações do conhecimento científico, o que, por conseguinte, não encerra erro médico" (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões, cit., p. 337).

deve ser incentivada, no sentido de se lhe permitir todos os recursos, oferecidos pelo avanço da ciência médica, que estejam à sua disposição, caso seja esta a vontade do enfermo. A inibição do profissional diante de uma tendência à sua super-responsabilização causa prejuízo a uma única pessoa: o próprio cliente, que não obtém do profissional sua melhor atuação. O melhor caminho parece ser, assim, apreciar o merecimento de tutela da atuação profissional a partir do cumprimento de padrões objetivos de procedimento, compreendidos como adequados pela própria comunidade médica para cada caso concreto, no âmbito dos quais o profissional possa agir livremente, empregando o melhor de seu conhecimento e experiência (fatores que o distinguem no mercado de trabalho e que justificam sua própria qualificação como profissional liberal).

Assim, não será o insucesso do profissional (muitas vezes designado *erro*), mas o descumprimento desses *standards* de procedimento, o fundamento do dever de indenizar. Esta concepção de responsabilidade civil, baseada no conceito de culpa normativa, opõe-se à tendência à responsabilização do profissional por todas as suas falhas, como sintetiza Maria Celina Bodin de Moraes:

> A responsabilidade médica está, sob este ponto de vista, no centro da discussão. Enquanto alguns defendem o "direito" do médico a errar, porque, afinal de contas, "errar é humano", e, portanto, sua responsabilização surgiria somente em caso de uma concreta conduta negligente, imprudente ou imperita, configurada pela presença de erro grosseiro, outros consideram que, em havendo erro de diagnóstico, prognóstico ou terapêutico, por parte do médico, a vítima seria credora de indenização. O que definiria, nesta última hipótese, o comportamento culposo ou não, por parte do profissional, seria o grau de adequação de sua conduta em relação ao *standard*, o denominador comum da diligência razoável (ou esperada) para casos semelhantes.[382]

A análise procedimental da conduta médica, a partir de parâmetros objetivos, já tem sido aplicada, com sucesso, em alguns importantes precedentes jurisprudenciais. Recentemente, em acórdão exemplar, o Superior Tribunal de Justiça negou pedido de indenização movido em face de cirurgião plástico em hipótese na qual a paciente saiu insatisfeita de procedimento de redução de mamas.[383] A Quarta Turma do STJ compreendeu

[382] *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 214-215.

[383] A decisão foi divulgada em 23 de outubro de 2012 em notícia intitulada "Insatisfação de paciente com cirurgia de redução de mama não justifica indenização", de onde se extraíram todos os trechos citados no presente trabalho. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18.11.2012.

"que não foi comprovada imperícia do profissional, de modo que o dano alegado pela autora seria decorrente de fatores imprevisíveis e inesperados". A paciente sustentava que teve dores no braço e na mama direita após a cirurgia, o que a impedia de trabalhar. Alegava, ainda, ter passado por novo procedimento, meses após a primeira cirurgia, para a extração de um nódulo formado na mama direita, que não conseguiu, porém, solucionar o problema da dor e do inchaço. Afirmou ter permanecido com cicatrizes grandes e excesso de pele na mama direita, o que lhe causou abalo emocional e problemas no relacionamento afetivo.

Embora negada em primeira instância, a pretensão da paciente fora provida pelo TJPR, ao argumento de que se tratava de procedimento estético e, portanto, de obrigação de resultado. O entendimento foi afastado, porém, pelo relator do recurso especial, Min. Raul Araújo, que reconheceu: "percebe-se a tênue fronteira entre o erro médico [*rectius*, a culpa médica] e a mera insatisfação do lesado. Porém, se o resultado ficou aquém das expectativas da paciente, isso não quer dizer que houve falhas durante a intervenção".

A argumentação empreendida no acórdão empregou a distinção entre obrigação de meios e de resultado, não como elemento justificador da inversão do ônus probatório contra o médico, mas sim como fatores importantes para determinar se, no caso concreto, houve ou não inadimplemento. Assim, reconheceu-se que o procedimento em questão era dotado de natureza híbrida, tanto estética quanto reparadora-terapêutica. No que respeita à primeira dessas naturezas, a obrigação do médico foi considerada de resultado, mas se considerou que o laudo pericial era "categórico ao afirmar que, nas duas cirurgias realizadas pelo réu, foram observadas todas as técnicas necessárias e adequadas". O parecer pericial ainda constatou que "o aparecimento do nódulo não poderia ter sido previsto ou controlado pelo cirurgião, pois resultou de uma resposta do organismo da paciente, que, na cicatrização, produziu uma trama fibrosa mais intensa na mama direita".

Tomando como base o laudo pericial, conclui o acórdão que "é evidente, portanto, que o aparecimento do nódulo é causa excludente da responsabilidade do médico, pois incontroverso ser fator imprevisível e inesperado, o que rompe o nexo causal entre a conduta do profissional e o suposto dano". Resta evidenciada a preocupação com os requisitos técnicos da responsabilidade civil, bem como, no caso da culpa, a análise procedimental da conduta profissional, embasada no parecer de especialista da área.[384]

[384] Identificou-se, ainda, que a vítima contribuiu para a permanência das cicatrizes, deixando de realizar os retoques para a correção das marcas da segunda cirurgia, que extirpou o nódulo – trata-se, portanto, de hipótese de fato concorrente da vítima.

No que tange à obrigação de meio, identificada no aspecto reparador da cirurgia, entendeu o ministro relator que "igualmente não há nos autos comprovação alguma de falha técnica do médico ou de que este não cumpriu o seu mister", citando ainda trecho da perícia que confirmava o sucesso do procedimento: "o resultado da mastoplastia redutora foi atingido em relação à redução do volume da mama". Negou-se, assim, integralmente o pedido de indenização, que abrangia danos materiais, morais e estéticos (conforme a tendência consolidada no STJ de se distinguir estes últimos da categoria dos danos morais). O acórdão, sem dúvida paradigmático, interessa pela qualidade de sua fundamentação – cada vez mais compreendida como indispensável para a legitimação das decisões judiciais[385] – e por ter partido de uma análise verdadeiramente procedimental, que reconheceu o merecimento de tutela da conduta médica que, embora seguindo todos os procedimentos adequados para o caso concreto, conforme o entendimento especializado, ainda assim não alcançou o resultado ideal.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o médico está autorizado, sim, a, dentro dos parâmetros cientificamente adequados de procedimento para cada caso concreto, tomar a iniciativa de tratar o paciente, lançando mão dos recursos que estão à sua disposição, bem como de seu conhecimento e experiência, sempre em favor do paciente. Desde que permaneça no âmbito das condutas que seus próprios pares reconhecem como adequadas, à luz do estado atual da arte médica, para seu exercício profissional, deverá o médico ter a segurança de que não será responsabilizado caso sobrevenha um resultado distinto do pretendido – por assim dizer, um erro – que não seja imputável ao seu amplo dever de diligência em relação ao paciente.

---

[385] Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES, a respeito do momento atual: "Daí o papel essencial que assume, neste modelo, chamado de pós-positivista porque aberto a valores, o ônus da argumentação. Com efeito, ao contrário das regras, o recurso aos princípios pode deflagrar hipóteses em que dois princípios, ambos válidos e legítimos, entram em colisão ao oferecerem soluções diversas, às vezes opostas ao caso concreto, considerado então, por isso mesmo, um "caso difícil": nestas hipóteses, a aplicação do Direito impõe, segundo a boa solução preconizada por Robert Alexy, o uso de um processo de "ponderação ou balanceamento" de princípios, para encontrar qual deles é o mais adequado àquele caso, que princípio terá a sua aplicação melhor justificada, qual deles terá mais peso naquela concreta situação. Este procedimento deve ser, natural e essencialmente, argumentativo e, inspirado pela construção de uma teoria da argumentação, vem calcado na existência de uma lógica informal, que se aparta da racionalidade matemática, mas não pode abrir mão de processos de verificação de racionalidade, através do procedimento, também articulado por Alexy, da proporcionalidade em sentido estrito, que lhe garantam legitimidade. Embora Alexy proponha que isto seja feito mediante fórmulas lógicas, fato é que, de qualquer modo, ao dizer respeito ao caso concreto, só pode ser feito pelo juiz [...]" (O jovem direito civil-constitucional. Editorial à *Civilistica.com.* Ano 1, Volume 1, 2012).

5 **PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS**

Formerly, when religion was strong and science weak,
men mistook magic for medicine;
now, when science is strong and religion weak,
men mistake medicine for magic.

– THOMAS S. SZASZ
(*The second sin*)

A responsabilidade civil do médico – se fosse possível sintetizá-la em tão singela fórmula – congrega, no momento atual, simplicidade em seus mecanismos e complexidade em seu conteúdo. Simplicidade, por prescindir de muitos dos instrumentos sofisticados que a doutrina da responsabilidade civil desenvolveu ao longo do tempo: repele a doutrina da responsabilidade objetiva baseada no risco, afasta-se de construções como o fortuito interno e a cláusula de não indenizar e, nos dias de hoje, tem dispensado até mesmo seus próprios mecanismos tradicionais (como as dicotomias entre responsabilidade contratual e aquiliana e entre obrigações de meios e de resultado), que faziam referência a determinada distribuição do ônus probatório nas ações indenizatórias, à luz do conceito mais contemporâneo de carga dinâmica da prova.

Com efeito, se as profissões liberais conservam, até hoje, os traços que as caracterizam há séculos – a arte individual do homem que se especializou e goza da confiança social no desempenho de seu ofício –, não faria sentido aplicar a elas os instrumentos de responsabilidade civil concebidos para relações jurídicas dotadas de significativa impessoalidade, grande potencial danoso, que contam com a possibilidade de diluição do custo econômico da responsabilidade independente de culpa, como os contratos de consumo. Não se trata de desguarnecer o cliente, privilegiando-se o profissional – busca-se, apenas, uma tutela efetiva da dignidade do paciente, que não deve se basear apenas no momento patológico da relação (aquele do ressarcimento dos danos).

Complexidade, por outro lado, em seu conteúdo, uma vez que o direito civil contemporâneo não se coaduna com o tradicional conceito psicológico de culpa, exigindo, em vez disso, o cumprimento de *standards* de conduta que, no caso específico do médico, implicam a previsão de procedimentos-padrão, cuja observância permite evidenciar a conduta diligente do profissional. Tais procedimentos, de difícil previsibilidade em abstrato, devem ser extraídos da prática profissional da própria comunidade médica, conduzindo o intérprete a

um imprescindível diálogo com especialistas. O desafio atual, portanto, consiste em harmonizar o parecer do perito médico diante do caso concreto e o juízo realizado pelo hermeneuta, a quem cabe juridicizar e conferir segurança à aplicação das normas e procedimentos profissionais. Atualmente, a grande maioria das enfermidades mais comuns conta com parâmetros científicos e profissionais de tratamento. O problema não se encontra resolvido, evidentemente, quanto às doenças para as quais não se encontra difundido um *standard* de procedimento a ser seguido pelo médico; este, porém, é justamente o risco da medicina, uma ciência empírica, que avança por meio da tentativa e erro.

Ao magistrado caberá, igualmente, perquirir a adequada construção da relação médico-paciente, à luz dos valores do ordenamento, verificando se houve uma constante troca de informações entre o cliente e o profissional, em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva. Também faz parte da diligência médica informar o paciente e informar-se sobre ele, contribuindo para que o enfermo compreenda melhor seu quadro clínico e o tratamento que lhe foi prescrito, ao mesmo tempo em que busca compreender as expectativas e as escolhas existenciais de seu cliente – compreensão sem a qual não poderia oferecer um serviço verdadeiramente baseado na confiança.

Diante desse panorama, podem ser formuladas as seguintes proposições conclusivas:

(i) A medicina representa uma das mais emblemáticas espécies de profissões liberais, conceito histórico de determinadas atividades que se caracterizam pelo exercício individual de uma técnica ou arte da qual se detém especial conhecimento, em uma relação pessoal com o cliente baseada, sobretudo, na confiança.

(ii) Essa confiança faz surgir para o profissional um dever de diligência, em ao menos dois âmbitos: de um lado, o compromisso com a aplicação de sua técnica dentro dos padrões atuais do desenvolvimento científico, proporcionando a segurança legitimamente esperada pelo cliente; de outro, a construção de uma relação com o cliente pautada pela boa-fé, na qual a constante troca de informações entre ambos permite uma compreensão melhor do cliente quanto ao serviço que será prestado e uma compreensão melhor do profissional quanto às expectativas do próprio cliente.

(iii) A responsabilidade civil do médico, no paradigma das profissões liberais, deve levar em conta o cumprimento desses deveres de diligência, revelando-se, portanto, de

natureza subjetiva, vale dizer, demanda a demonstração da culpa do profissional para sua configuração.

(iv) Construções doutrinárias como a teoria da *res ipsa loquitur*, a natureza contratual da responsabilidade ou a previsão de obrigações de resultado não podem ser empregadas, nesse sentido, como forma de se imputar ao médico, na prática, uma responsabilidade independente de culpa, dizendo respeito, unicamente, à distribuição do ônus probatório da culpa ou, no caso das obrigações de meios e de resultado, à caracterização do inadimplemento contratual.

(v) A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à disciplina do exercício da medicina representa esforço doutrinário de uma necessária proteção ao paciente, mas que contraria a própria lógica das profissões liberais, na medida em que as normas do direito do consumidor se voltam a relações impessoais, massificadas e nas quais é possível diluir o ônus econômico de eventual aumento das indenizações (em outras palavras, o custo do risco da atividade) no próprio preço dos serviços oferecidos, características que não se verificam no âmbito da relação médico-paciente.

(vi) Não é impossível, porém, compatibilizar tal aplicação, já consolidada pela jurisprudência, com a relação médico-paciente, desde que sejam respeitadas as peculiaridades dessa atividade, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de inversão do ônus da prova da culpa médica, que não deve ser admitida indiscriminadamente, sem a devida observância dos requisitos da verossimilhança ou da hipossuficiência, sob pena de se impor ao médico verdadeiro óbice ao seu exercício profissional, na melhor das hipóteses inibindo sua atuação e incentivando a chamada medicina defensiva.

(vii) Com efeito, a revalorização da demonstração da culpa como requisito da responsabilidade civil do médico mostra-se de grande relevância, na medida em que há um risco ínsito de produção de danos ou resultados indesejados (consubstanciados na noção leiga do "erro") que não podem ser imputados ao médico (mas sim à própria ciência) e que não são suficientes, por outro lado, para caracterizar a atividade como perigosa (não se justificando, portanto, um tratamento jurídico que se aproxime da responsabilidade independente de culpa), já que, na medicina, a luta contra os riscos que pendem sobre o paciente corresponde ao próprio objeto central da profissão.

(viii) Tais considerações não significam uma diminuição da tutela do paciente, tendo-se em conta que a proteção e a promoção da dignidade humana não devem basear-se

exclusivamente no mecanismo da responsabilidade civil, e que a proposta aqui apresentada para o dever de indenizar do médico não busca isentá-lo de responsabilidade mas, ao contrário, levar sempre em consideração a diligência de seu procedimento com relação ao estado atual da ciência e os padrões de conduta compreendidos como adequados pela comunidade médica.

(ix) Nesse sentido, a responsabilidade civil do médico deve perquirir parâmetros objetivos de conduta, em uma concepção normativa da culpa, possibilitando a análise procedimental da atuação médica, que leve em conta, ao menos, a adequação da técnica empregada em relação ao atual desenvolvimento científico, a observância das normas éticas da profissão e dos princípios da bioética, e o cumprimento dos deveres de informação em prol da construção de uma relação sempre dialógica, de entendimento mútuo, entre o médico e o paciente.

(x) A avaliação da adequação do procedimento técnico do médico, nesse particular, não pode ser deixada exclusivamente nas mãos do magistrado, que deve contar com a prova pericial como sua aliada (ou, se for o caso, com os pareceres de juntas médicas ou órgãos oficiais de representação), sem presumir um suposto corporativismo na opinião dos especialistas; o juiz deve, ainda, zelar pelo equilíbrio na relação médico-paciente, perquirindo se as partes observaram os deveres de cooperação e de informação decorrentes da boa-fé, e promovendo, no âmbito do processo, uma concepção de carga dinâmica da prova.

(xi) As excludentes de responsabilidade civil (bem como as causas concorrentes para a produção do dano, que ocasionam a diminuição do *quantum* indenizatório) aplicam-se normalmente às hipóteses de responsabilidade civil do médico; especificamente, o caso fortuito mostra-se hábil à interrupção do nexo causal mesmo na modalidade de fortuito interno, por se tratar de responsabilidade subjetiva; as cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade, por fim, não se aplicam, via de regra, no caso do médico.

A efetiva tutela da pessoa humana, valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, não admite a categorização em abstrato do indivíduo, como se fosse possível presumir a vitimização de certas pessoas em todas as hipóteses e propor, assim, seu tratamento jurídico privilegiado a todo custo. Não se pode tampouco esperar do médico, profissional liberal que é, o dom da infalibilidade. Tutela-se, em vez disso, a pessoa na medida de sua vulnerabilidade, apenas aferível à luz do caso concreto, sendo certo que na relação jurídica entre duas pessoas

naturais há, necessariamente, duas personalidades a promover. Assim deve ser compreendido o vínculo entre médico e paciente: uma relação de cooperação e diálogo, com deveres para ambas as partes, na qual a confiança legitimamente despertada, no caso concreto, pelo profissional determinará a medida de sua responsabilidade – com respeito ao sucesso que lhe seja (humanamente) possível obter no exercício de sua arte.

REFERÊNCIAS

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In: LOPES, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente:* o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 469-489.

_____. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina*: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

BARBOZA, Heloisa Helena. O que muda com o novo Código de Ética Médica?. *Urologia essencial*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 19-26, out./dez. 2011.

_____. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205-230.

_____. Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 49-64, jul./set. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 769, p. 103-109, nov.1999.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-349.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

BITTENCOURT, Josias Jacintho; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Responsabilidade médica: abordagens históricas e contemporâneas. *Revista Simposium – FADMINAS*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 145-169, jan./jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.

CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2006.

CALLINAN, Rachel. *Medical negligence and professional indemnity insurance*. Disponível em: <www.parliament.nsw.gov.au>. Acesso em: 18 nov. 2012.

CARVALHO, J. M. de. Carvalho *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. V. XXI.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Responsabilidade pelo fato do serviço no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. PFEIFFER, Roberto A.C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé.* Paris: Daloz, 1964.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido:* o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. *Erro médico e responsabilidade civil*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. A ética médica e o livre exercício da profissão. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico:* aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002. p. 243-252.

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

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de direito médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Responsabilidade civil médica e hospitalar:* repertório jurisprudencial por especialidade médica. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. "Profissão liberal". In FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981. Volume 62.

CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 421-450.

_____. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico*: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 203-238.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. O ato médico e a relação médico-paciente. In: LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico:* aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002. p. 9-28.

DE MATTEIS, Rafaella. *La responsabilità medica*: un sottosistema della responsabilità civile. Padova: CEDAM, 1995.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina:* aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.p. 11-20.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume. 35, p. 101-119. Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2008.

FAURE, Michael; VAN DEN BERGH, Roger. Compulsory insurance for professional liability. *The Geneva papers on risk and insurance*. Volume 14, número 53, pp. 308-330, October/1989.

FREIRE, Henrique. *Responsabilidade civil na área da saúde privada*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GIACOBBE, Giovanni. Professioni intellettuali. In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. Volume XXXVI.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2005.

GRISARD, Nelson. O ato médico e as outras profissões na área de saúde. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico:* aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, pp. 29-38.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*. Volumes 10-15, pp. 19 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1979.

JOURDAIN, Patrice. Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*: colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers – Sixièmes Journées René Savatier. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas, 2005.

LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.
LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.26, p. 159-165, abr. /1998.

MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. In *Revista dos Tribunais*. Volume 831, pp. 106-127. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2005.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1947. Tome I.

MELO, Nehemias Domingos de. Da dificuldade de prova nas ações derivadas de erro médico. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia existencial e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Volume 63, pp. 52-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2007.

MONATERI, Pier Giuseppe. Colpa e legge fra Oriente e Ocidente. *Paradoxa*. Ano III. N. 3. Roma: Nova Spes, jul-set/2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 3-20.

_____. Constituição e direito civil: tendências. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 33-54.

_____. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 21-32.

_____. O jovem direito civil-constitucional. *Civilistica.com*, ano 1, v. 1, p. 1-6, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 71-120.

_____. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237-266.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 381-422.

_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 183-206.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com*. Ano 1, Volume 1, p. 1-11, ago/2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES DE SOUZA, Eduardo. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35, abr./ jun./2012.

OLIBONI, Marcella L. de C. Pessanha. Responsabilidade civil do médico no CDC. Aspectos relevantes. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 347-364.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN, 2010.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907. Tome 2ème.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. Coimbra: Almedina, 2008. Volume I.

RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance et de l'adolescence*. 4ème. éd. Paris: Litec – Lexis-Nexis, 2003.

RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado:* análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FURTADO, Gabriel Rocha. Responsabilidade civil do fisioterapeuta e das clínicas de fisioterapia. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; CRUZ, Gisela Sampaio da (Coord.). *Responsabilidade civil dos profissionais liberais*, no prelo.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967.

_____. Processo alla previsione. Disponível em: <http://triskel182.wordpress.com /2012/10/23/processo-alla-previsione-stefano-rodota/>. Acesso em 2 nov. 2012.

SARAIVA, Oscar. O contrato de trabalho e os profissionais liberais. *Direito*. Volume 7, tomo 61, pp. 61-71, jan-fev/1941.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tome I.

_____. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tome II.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica:* civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. Responsabilidade civil dos profissionais liberais: a obrigação de diligência. In RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 338-350.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Aspectos da responsabilidade civil do médico. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico*: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 239-270.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 83-122. Tomo 2.

_____. A responsabilidade civil nas cirurgias. In MARQUES, Ruy Garcia (Org.). *Cirurgia – instrumental e fundamentos técnicos*. Rio de Janeiro: Cultural Médica, 2001.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 229-250. Tomo I.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume 2, pp. i-ii. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Volume I.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Volume II.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Aspectos controvertidos sobre a responsabilidade civil médica. In MARQUES, Ruy Garcia (Org.). *Técnica operatória e cirurgia experimental*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, pp. 656-667.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 29-44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Volume I.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*. Volume 778, pp. 755-766. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2000.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 42-56.

VISINTINNI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Atrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.