



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

THIAGO PIMENTA DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

JF

Thiago
Pimenta da
Silva

2004

UE
RJ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2008

THIAGO PIMENTA DA SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Lorenzo Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Thiago Pimenta da.

Responsabilidade civil do médico / Thiago Pimenta da Silva. – 2008.
111 f.

Orientador: Lorenzo Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 104-111.

1. Responsabilidade profissional - Monografias. 2. Responsabilidade civil do médico. I. Hora, Lorenzo Martins Pompílio da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 342.156

THIAGO PIMENTA DA SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora

2º Examinador

3º Examinador

À minha família, pelo apoio e amor incondicionados, meu porto seguro a qualquer tempo.

Ao meu orientador, Prof. Lorenzo Martins Pompílio da Hora, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

Aos meus pais, Teresa Pimenta da Silva e Zeferino Ferreira da Silva, por terem me proporcionado condições necessárias para ter iniciado a minha jornada, fontes de amor e carinho, meus exemplos de dignidade.

À minha querida tia, Raimunda de Sena Pimenta, pela dedicação e amor constantes em minha vida, sempre presente na minha formação geral como pessoa.

Ao meu irmão, Edson Pimenta da Silva, pela presença constante ao meu lado, muitas vezes me dando forças e contribuindo para o meu desenvolvimento intelectual.

Às minhas irmãs, Patrícia Pimenta da Silva e Priscila Pimenta da Silva Brandão, pela alegria que proporcionam à minha vida.

Aos meus amigos, em especial, Maycon, Adriano, Gustavo, Leonardo e Rafael, pela energia positiva com que iluminam minha vida.

Ao escritório de advocacia Arnaldo Luna Advogados, em especial, aos Drs. Arnaldo Luna e André Sampaio, e à equipe completada por Fátima Tavares, Marineide Baldez e Fábio José Saraiva, pelo aprendizado adquirido e a amizade conquistada.

RESUMO

SILVA, Thiago Pimenta da. **Responsabilidade civil do médico**. 2008. 111 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes envolvendo a responsabilidade civil do médico. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto da responsabilidade civil, suas classificações, e o estudo dos pressupostos ou elementos do supracitado instituto. Na segunda parte é estudada a aplicação da responsabilidade civil na atividade médica, descrevendo: (i) a evolução da responsabilidade civil médica, (ii) o cenário atual da responsabilidade civil do médico no Brasil, (iii) as particularidades do contrato de prestação de serviço médico, e (iv) as excludentes de responsabilidade civil do médico. A terceira parte dedica-se à responsabilidade civil do cirurgião plástico, cuidando-se de suas peculiaridades.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Médico; Cirurgia Plástica.

ABSTRACT

SILVA, Thiago Pimenta da. **Responsabilidade civil do médico**. 2008. 111 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The excellent questions are analyzed involving the civil liability of the doctor. Toward better understanding of the subject, the first part turns it of the conceptual and historical aspects of the institute of the civil liability, the element or and its classifications, the analysis study estimated of the above-mentioned institute. In the second part the application of the civil liability in the medical activity is studied, describing: (i) the evolution of the medical civil liability, (II) the current scene of the civil liability of the doctor in Brazil, (III) the particularities of the contract of medical rendering of services, e (IV) the exculpatory ones of civil liability of the doctor. The third part dedicates the civil liability to it of the plastic surgeon, taking care of itself of its peculiarities.

Word-Key: Civil liability; Doctor; Plastic surgery.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS	10
1.1 Conceito de responsabilidade civil	10
1.2 Pressupostos da responsabilidade civil	13
1.2.1 <u>Ação ou omissão do agente</u>	13
1.2.2 <u>Dano</u>	18
1.2.3 <u>Nexo de causalidade</u>	23
1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	25
1.4 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	29
2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	33
2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do médico	33
2.2 Cenário atual da responsabilidade civil médica no direito brasileiro	38
2.2.1 <u>Natureza contratual da responsabilidade médica</u>	39
2.2.2 <u>Obrigação de meio e obrigação de resultado</u>	43
2.2.3 <u>Natureza subjetiva da responsabilidade médica</u>	45
2.2.3.1 <i>A culpa médica</i>	48
2.2.3.2 <i>O código de defesa do consumidor e a responsabilidade médica</i>	50
2.2.3.3 <i>A inversão do ônus da prova</i>	52
2.2.4 <u>O contrato médico e a cláusula de não - indenizar</u>	58
2.2.5 <u>Obrigações implícitas no contrato médico</u>	61
2.2.5.1 <i>Dever de conselho</i>	61
2.2.5.2 <i>Dever de cuidado</i>	63
2.2.5.3 <i>Obtenção do consentimento</i>	64
2.2.5.4 <i>Abstenção de abuso ou desvio de poder</i>	66
2.2.5.5 <i>Dever de sigilo</i>	66
2.2.6 <u>A análise do erro médico</u>	67
2.2.6.1 <i>Erro de técnica</i>	70
2.2.6.2 <i>Erro de diagnóstico</i>	71
2.2.6.3 <i>Erro de prognóstico</i>	73
2.2.6.4 <i>Condutas simplesmente inapropriadas</i>	74
2.2.6.5 <i>A iatrogenia</i>	74
2.2.7 <u>As excludentes da responsabilidade civil médica</u>	76

2.2.7.1 <i>Caso fortuito ou força maior</i>	77
2.2.7.2 <i>Fato de terceiro</i>	79
2.2.7.3 <i>Fato exclusivo da vítima</i>	81
2.2.8 <u>O risco do desenvolvimento</u>	83
2.2.9 <u>O risco inerente do serviço</u>	85
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS	88
3.1 Considerações gerais sobre a cirurgia plástica	89
3.1.1 <u>O seguro de responsabilidade civil do médico</u>	92
3.2 Peculiaridades da cirurgia plástica estética	94
3.3 Cirurgia plástica estética e obrigação de meio e de resultado	95
6 CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

As ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade médica, que antes eram raras na Justiça pátria, tornam-se hoje cada vez mais freqüentes, não só pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, mas também por ter hoje o cidadão uma maior consciência de seus direitos. Eis o motivo pela escolha do *thema* da monografia.

O médico de família, amigo, conselheiro, desapareceu. A Medicina socializou-se e despersonalizou-se, transformando a relação entre o esculápio e o doente quase exclusivamente profissional.

A atividade médica tem inegável repercussão no mundo da responsabilidade civil e, no decorrer dos anos, cada vez mais a cirurgia plástica estética vem se massificando diante do notório crescimento do culto à beleza das formas e, por conseqüência lógica, exsurtem intensos debates doutrinários sobre o assunto.

É feito estudo acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, aplicáveis a qualquer área de responsabilidade. A seguir, traçam-se as peculiaridades que envolvem a complexa relação médico-paciente e os conceitos e valores que os operadores do direito devem observar ao se defrontarem com uma ação de responsabilidade civil, advinda de falha na prestação de serviço profissional médico.

O trabalho é resultado de pesquisas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais sobre responsabilidade civil médica.

CAPÍTULO I

1 RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS

1.1 Conceito de responsabilidade civil

A Responsabilidade civil evoluiu juntamente com a história da humanidade, sendo atualmente, inconcebível imaginar a vida em sociedade sem a segurança que advém desse instituto. Afinal, “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social”¹.

Ocorre que, ao longo dos anos e com a evolução da sociedade, o desenvolvimento da responsabilidade civil e o fácil acesso às informações, aliada à conscientização dos direitos e senso de cidadania, fizeram com que os tribunais fossem muito mais solicitados a se manifestarem sobre o assunto, tornando-o um instituto com concepção majoritariamente social, em lugar da noção, originalmente, individual.

Sobre o tema, Aguiar Dias faz a seguinte consideração:

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação [...]. Digamos, então, que *responsável*, *responsabilidade*, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

¹ VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4 . p. 26.

[...] A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação². (grifos do autor)

A seguir, o grande jurista define responsabilidade:

como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas³.

G. Marton, citado por Aguiar Dias, finaliza: “O estado de responsabilidade não é senão o estado sobrevindo em consequência da inexecução, dando lugar à aplicação de sanções”⁴.

O sempre festejado Sergio Cavalieri Filho observa:

Em seu sentido etimológico, a responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico⁵.

Cavalieri Filho, em apertada síntese, define responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁶.

O Código Civil (CC) no seu art. 389 menciona essa distinção entre obrigação e responsabilidade: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”⁷.

Josserand, parafraseado por Aguiar Dias, com maestria anteviu, ainda na primeira metade do século passado:

que a palavra evolução não condiz com o movimento que vai analisar; a revolução é que deveria, com mais propriedade, aludir, tratando de assunto em que tão vertiginosamente se transformam os dados estabelecidos⁸.

² DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 04-05.

³ Loc. cit..

⁴ G. MARTON. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris, 1938. n. 88. p. 273 *apud* Op. cit. p. 118.

⁵ Cavalieri Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 02.

⁶ Loc. cit.

⁷ BRASIL. Código Civil. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, DF, 11 de jan. de 2002.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14.11.2008.

Adiante, explica que:

Primeira causa do progresso da responsabilidade civil, constituindo a que os filósofos chamam de razão suficiente, é a um tempo de ordem social e de ordem científica e mecânica. A seu lado, ou melhor, acima dela, está, porém, uma razão de ordem individual e moral, expressão do aperfeiçoamento de nossas consciências. Não se pretende, por aí, negar que só agora se preocupem os juristas com a injustiça e a desgraça imerecida ‘*Qui cases lês verres les paye*’, diz antigo provérbio francês, que é o próprio princípio do direito e da sabedoria. E os romanos tinham já emitido este generoso preceito assegurador do equilíbrio social: *neminem laedere*. Isso, todavia, não influi a ponto de impedir que os nossos antepassados considerassem com resignação, e até bom humor, a asserção de Montaigne: ‘*o prejuízo de um é proveito de outro*’. Por outro lado, em face do acidente de causa desconhecida, dispunha-se de cômoda evasiva, o *damnum fatale*, o *act of God*.

Não é o que se sucede em nossos tempos: ‘*temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável: queremos que haja um responsável; já não aceitamos docilmente os golpes do destino e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se quiserem, o acidente já não nos parece como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fosse um pouco forte, diria com gosto que secularizamos a responsabilidade, que a fizemos um caso de pura justiça humana, para vigorar no quadro de nossa comunidade social, na conformidade do equilíbrio dos interesses e dos direitos para a satisfação da nossa consciência jurídica [...]*’⁹. (grifos do autor)

Demonstrando estar bem à frente do seu tempo, Josserrand de forma inquietante e profética, conclui – em 1936, frise-se:

é lícito perguntar se, um dia, os tribunais não declararão o médico ou o cirurgião responsáveis contratualmente pelos danos causados aos seus clientes, por um tratamento contra-indicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz [...] ¹⁰.

Assim nasce a responsabilidade civil, para que sejam aplicadas as medidas cabíveis a fim de obrigar o indivíduo a reparar o dano que causou a terceiros.

Este dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*, está insculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, ao expor sobre a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

⁸ JOSSERAND. *Évolutions et actualités*. Sirey, Paris, 1936; Revista Forense, vol. 86, p. 548, tradução de Raul Lima *apud* DIAS, José de Aguiar *Op. cit.* p. 77.

⁹ *Loc. cit. apud* Ibid. p. 78.

¹⁰ *Loc. cit. apud* Ibid. p. 82.

propriedade, objetivando sempre a proteção do ser humano e, indicando os meios postos à disposição de qualquer pessoa para a efetiva garantia contra atos de terceiros¹¹.

O problema da responsabilidade civil transpassou a todos os domínios da ciência jurídica, ocorrendo o que Savatier chamou de hipertrofia da responsabilidade civil.¹²

Deste modo, conclui-se que do descumprimento de uma obrigação, um dever jurídico originário, exsurge a responsabilidade civil, um dever jurídico sucessivo, obrigando o devedor a compor o prejuízo causado pelo não adimplemento da obrigação.

Da execução de um ato ilícito nasce o dever de reparar o dano imposto a vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, sendo isso impossível, compensando-a pelo infortúnio causado, donde se conclui que a responsabilidade civil é, pois, parte integrante do Direito das Obrigações.

1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que surja no mundo jurídico a obrigação de indenizar, faz-se necessária a existência de determinados fatores, denominados pela doutrina de pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, quais sejam: *a)* a conduta voluntária do agente, que pode consistir numa ação ou omissão; *b)* o nexo de causalidade entre a conduta ofensiva e o dano ocasionado; e *c)* o dano, que consiste na subtração de um bem jurídico da vítima em razão da conduta do agente.

1.2.1 Ação ou omissão do agente

¹¹ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999. p. 29.

¹² SAVATIER. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. Paris, 1939. t. 1. n° 2. p. 1. *apud* Dias, José de Aguiar. Op. cit. p. 16.

Conduta é o comportamento humano voluntário com efeitos jurídicos¹³; decorre sempre de um ato, que pode ser positivo ou negativo.

A atitude positiva denomina-se ação, sendo o ato dela decorrente chamado de comissivo.

A atitude negativa, ou seja a inatividade, chama-se omissão, sendo decorrente de um ato omissivo. Na lição de Rui Stoco, “[...] omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma”¹⁴.

Cumpre trazer à baila a lição de Sergio Cavalieri:

Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça¹⁵.

O coeficiente essencial da ação ou omissão é a vontade, ou seja, a voluntariedade da conduta, o que não se confunde com a projeção dessa vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta.

O insigne Caio Mário da Silva Pereira observa que:

cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de “voluntariedade” o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma. Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposo¹⁶.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 24.

¹⁴ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55

¹⁵ Op. cit. p. 25.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.70.

Assim, a ação dolosa é aquela praticada com a consciência e a vontade de atingir o fim pretendido, ou seja, o resultado danoso foi deliberadamente procurado pelo agente, que desejava causar o dano. Nessa hipótese citada, tem-se o chamado dolo direto.

No entanto, existem hipóteses em que a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado, querendo ele algo diverso e assumindo o risco de causar, na busca de seu desiderato, um dano a outrem. Trata-se, pois, do chamado dolo eventual.

De outro lado, a conduta culposa é aquela na qual o agente, embora sem ter a vontade voltada para a ocorrência do resultado, tampouco assumido o risco de produzi-lo, acarreta um dano a vítima pela inobservância de um dever de cuidado.

Nestes casos, a culpa pode se fazer presente em razão de três aspectos, quais sejam: imprudência, negligência e imperícia. Discorrendo sobre o tema, leciona José de Aguiar Dias:

Da culpa, caracterizada no art. 186 do Código Civil de 2002 como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado. Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. Consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

[...] Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade ¹⁷.

Para Maria Helena Diniz:

a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela ¹⁸.

¹⁷ Op. cit. p. 149-150.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.7, p. 37.

A culpa pode também ser classificada em graus: *a)* culpa grave, quando decorre da imprudência ou negligência grosseira e extrema do indivíduo, sem ter previsto o que ao homem comum é plenamente previsível; *b)* culpa leve, quando advém da inobservância de cautelas ordinárias, podendo ser evitada com a atenção esperada por um homem comum; e *c)* culpa levíssima, que é aquela onde o dano somente poderia ser evitado se houvesse uma extraordinária atenção.

A classificação da culpa em seus diversos graus, bem como a distinção entre a conduta culposa e dolosa, só tem relevância para a aferição do *quantum debeatur*, posto que a obrigação de indenizar existe inobstante tenha o agente ocasionado a ofensa por um comportamento doloso ou culposos e, neste último caso, tenha sido grave, leve ou levíssima a culpa [*in Lex Aquilia et levissima culpa venit*].

Nesse sentido, afirma Sílvio Rodrigues:

A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isto porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual ‘*in Lex Aquilia et levissima culpa venit*’. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, posto que indenizar significa tornar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima¹⁹.

Ancorado em Caio Mário da Silva Pereira, Cavalieri destaca que:

Para alguns não há utilidade prática na distinção entre dolo e culpa, porquanto, pelo nosso Direito vigente, o agente responde igualmente pelas conseqüências da sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida. Sustenta-se que a função da indenização é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, não de punição ou sanção da conduta como na responsabilidade penal [...]. Não quer dizer, todavia, que o direito pátrio desconheça a diferença existente entre o dolo e a culpa no plano jurídico, que, aliás, tem sido destacada por muitos autores (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v.II/274, Forense)²⁰.

¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil** – responsabilidade civil, 13 ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1993, p.163.

²⁰ Op. cit. p. 30.

Adiante, Sergio Cavaliere conclui: “No Cível a indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização – tornar indene – é reparar o dano o mais completamente possível”²¹.

Na obra de Aguiar Dias encontra-se posicionamento harmonioso:

Outra controvérsia evitada pelo Código, já o dissemos, é a que se trava em outros países a respeito da clássica distinção entre delitos e quase-delitos, cuja utilidade, tanto como a da gradação da culpa (lata, leve e levíssima), é sumamente discutível. O Código engloba o objeto dessas classificações obsoletas na denominação genérica de atos ilícitos porque à lei civil não interessa de maneira nenhuma essa casuística²².

Mesma opinião é encontrada na obra de Carvalho Santos, ao comentar o art. 159 do Código Civil de 1916: “O nosso Código, seguindo a doutrina mais corrente, abandonou de vez a conhecida distinção entre delito e quase-delito, pondo termo [sic] à disputa acadêmica motivada por essa distinção inútil”²³.

Sempre oportuna é a lição de Clovis Bevilacqua:

Mas, não havendo, para efeitos civis distinção notável entre o delito e o quase-delito, fundiram-se as noções na denominação geral de ato ilícito.

Alguns autores, é certo, distinguindo os atos voluntários ou dolosos dos involuntários ou culposos, mantêm a diferença entre os delitos e os quase-delitos, mas parece que não atendem bem ao ponto-de-vista do direito civil, e lhe querem emprestar idéias, que somente no criminal encontram campo natural de aplicação²⁴.

Cumpramos esclarecer que, entre a culpa no âmbito civil e a culpa na área penal, há alguns pontos coincidentes: “Ambas pressupõem um resultado danoso para o bem jurídico considerado – a saúde do paciente -, a ação ou omissão desviada dos deveres de cuidado e a relação de causalidade”²⁵.

²¹ Ibid. p. 25.

²² Op. cit. p. 564.

²³ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 10. ed. v.3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 315.

²⁴ BEVILAQUA, Clovis. 1859-1944. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976. p. 272.

²⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

Entretanto, Casabona, parafraseado por Kfoury Neto, observa as distinções entre elas: a) a culpa penal se caracteriza por sua tipicidade, a conduta proibida deve encontrar-se descrita na lei penal – o que não ocorre com o mesmo rigor na culpa civil; b) as conseqüências de uma e outra são distintas: a culpa penal pressupõe a cominação de uma pena, enquanto a culpa civil gera o direito à reparação ou recomposição do dano; c) no terreno da responsabilidade, a penal é estritamente pessoal, ao passo que a civil poderá estender-se a outras pessoas²⁶.

Sobre o *thema*, Clovis Bevilacqua infere:

O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilíbrio social [...]; o direito civil vê, no ato ilícito, não mais um ataque à organização da vida em sociedade, mas uma ofensa ao direito privado, que é um interesse do indivíduo assegurado pela lei e, não podendo restaurá-lo, procura compensá-lo, satisfazendo o dano causado.

O direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social [...]; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado²⁷.

1.2.2 Dano

Constitui-se o dano a injúria sobre o patrimônio moral ou material do indivíduo. Segundo Fischer, parafraseado por Aguiar Dias, o dano “vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em conseqüências da violação destes por fato alheio”²⁸.

²⁶ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El médico ante el derecho**. Madrid: Ministerio da Sanidad y Consumo, 1985. p. 97-98 *apud* Op. cit. p. 99.

²⁷ Op. cit. p. 272-273.

²⁸ FISCHER, Hans Albrecht. **Reparação dos danos no direito civil**. São Paulo, 1938. p. 7 *apud* Op. cit. p. 972.

É unânime a idéia de que não pode haver responsabilidade sem dano, uma vez que resulta a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, sendo inconcebível onde nada há o que se reparar.

O dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar, que pode se dividir em dano patrimonial e dano moral, ou imaterial, ou não patrimonial²⁹ [considerando o dano estético como modalidade de dano moral].

O dano material ou patrimonial, diz respeito a um prejuízo de ordem econômica, ou seja, a conduta do agente trouxe uma diminuição do patrimônio da vítima.

Fischer, inicialmente, define patrimônio como “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa”³⁰, para adiante concluir que “o dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos”³¹.

O dano patrimonial subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. Sobre o tema, assim se posiciona Cavalieri:

O dano patrimonial pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, aumento. Por isso o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente, também chamado de positivo, este, sim, importa na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria em seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

[...] Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.³²

²⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 973.

³⁰ Op. cit. p. 16 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 975.

³¹ *Ibid.* p. 20 *apud* Loc. cit.

³² Op. cit. p. 72.

Hodiernamente, depois de já ultrapassadas as fases de irreparabilidade do dano não patrimonial e de sua inacumulabilidade com o dano patrimonial, doutrina e jurisprudência já avançam para um maior alargamento no horizonte das violações de direito indenizáveis.

A Carta Política de 1988 introduziu com sucesso esta nova categoria de dano. Sua previsão está situada no art. 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, incisos V e X.

Para o insigne Cavaliere:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais [...].

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização³³. (grifos do autor)

Hoje é pacífica esta modalidade de dano, como se conclui pela citação feita por Rui Stoco:

De tudo se conclui que, ou aceitamos a idéia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido.

E não temos dúvida de que de dano se trata, na medida em que a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados, todos aqueles que são a expressão imaterial do sujeito; seu patrimônio subjetivo, como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exige reparação³⁴.

³³ Ibid. p. 77-78.

³⁴ STOCO, Rui. Op. cit. 523

Controverso na doutrina é a classificação do dano estético como uma terceira espécie de dano, ou se apenas uma modalidade do dano moral. Inicialmente inadmitido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), a cumulação de dano moral e dano estético [RSTJ 77/246] evoluiu na jurisprudência do próprio STJ [RSTJ 105/332] em direção oposta³⁵.

Tal entendimento acabou sendo seguido pelos tribunais estaduais, como por exemplo, a Súmula nº 96 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ): “as verbas relativas às indenizações por dano moral e dano estético são acumuláveis”³⁶, assim justificada:

o dano moral e o dano estético têm fundamentos diversos, o primeiro oriundo do sofrimento íntimo causado pelo evento danoso, o segundo decorrente da restrição nas relações sociais, que aquele dano acarreta, de modo que as indenizações são autônomas, acumuláveis e não se superpõem³⁷.

Entretanto, em harmonia com o pensamento de Caio Mario da Silva Pereira, segundo o qual, “Dentro da categoria do dano moral inscreve-se a reparação do dano estético [...]”³⁸, o insigne Cavaliere defende que o dano estético é modalidade de dano moral³⁹.

Neste passo, Antonio Jeová Santos expõe que:

Os danos que desencadeiam a deformação estética, pode produzir um dano patrimonial, se impede que a vítima deixe de obter seus ganhos normais, que teria, se o dano não tivesse acontecido e, também, carrega um *dano moral* pelos sofrimentos e angústias. Sendo assim, o dano *estético* não se coloca como terceiro gênero, entre o *moral* e o *patrimonial* [...].

Repita-se: o dano estético não é uma categoria independente, mas nascedouro de danos ressarcíveis. Houve perda de vantagem econômica em razão do prejuízo estético, o resultado é o pagamento em dinheiro

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. 97

³⁶ **SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE nº 2005.146.00003**. Julgamento em 24.10.2005. votação: unânime. Relator: Des. Álvaro Mayrink da Costa. Registro de acórdão em 13.12.2005. fls. 010862/010867. Disponível em :<http://www.tj.rj.gov.br/cedes/sumulas/sumula_96.htm>. Acesso em 08 out. 2008.

³⁷ Loc. cit.

³⁸ PEREIRA, Caio Mario. **Responsabilidade Civil**. 9º ed. Forense. p.320 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. 97

³⁹ Loc. cit.

(dano patrimonial). Se, ao revés, o dano repercutiu na esfera íntima e psíquica da vítima, o dano é moral⁴⁰. (grifos do autor)

Adiante:

A indenização do dano estético não existe *per si*. Todo dano ressarcível está ligado às conseqüências geradas na vítima e essas conseqüências não podem ultrapassar o moral e econômico, não existindo um *tertium genus*, que se coloque entre os dois primeiros⁴¹. (grifos do autor)

Para Teresa Ancona Lopez de Magalhães, “o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes”⁴². O dano estético é a lesão à beleza física, à harmonia das formas de alguém, devendo a lesão ser duradoura, senão, não se poderá falar em dano estético propriamente dito [dano moral], mas, sim, em atentado à integridade física ou lesão estética passageira⁴³.

Ao lecionar que o dano estético não seria tão somente o aleijão [na esfera do Direito Civil], Wilson Melo da Silva anota que também se incluem:

as deformidades ou deformações outras, as marcas e dos defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeamento’ da vítima, ou que pudesse vir a se constituir, para ela, numa simples lesão ‘desgostante’, como diria Lopes Vieira (Medicina Judiciária e pericial, p. 115), ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos⁴⁴.

Kfoury Neto observa:

No juízo cível, importará a extensão dos danos, a localização, a já referida possibilidade de completa (ou parcial) remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão, estaco civil etc.), as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão (alijar-se do convívio social, dado o aspecto repugnante do ferimento) – tudo será levado em linha de conta, no momento de se definir a indenização.

A avaliação do dano estético deve ser feita por ocasião do julgamento, o mais tarde possível. A cicatriz, a deformidade, podem atenuar-se⁴⁵.

De seu turno, para o mestre Cavalieri:

⁴⁰ Op. cit. p. 363 e 367.

⁴¹ Ibid. p. 368

⁴² MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**. São Paulo: RT. 1980. p.17 e segs. *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 104.

⁴³ Loc. cit. *apud* Loc. cit.

⁴⁴ SILVA, Wilson Melo da. Dano estético. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, São Paulo: Saraiva, v. 22, 1977 p. 249-260. *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 105.

⁴⁵ Op. cit. p.105.

Inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se [sic] a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade – como, por exemplo, a cicatriz no rosto da atriz, manequim ou ator⁴⁶.

Deste modo, não se pode cogitar obrigação de indenizar sem a existência de uma das modalidades de dano acima citadas, visto que a admissão de tal idéia ensejaria um enriquecimento sem causa, para aquele que recebesse a indenização, o que não se admite no direito pátrio.

1.2.3 Nexo de causalidade

Para que surja o dever de indenizar, faz-se necessária, entre a ação ou omissão voluntária do agente e o dano causado à vítima, a evidenciação de relação de causa e efeito – *rectius*; nexos de causalidade.

O Código Penal Brasileiro – cuja invocação se faz em homenagem aos basilares princípios da hermenêutica jurídica - contém norma expressa sobre o instituto, cuja dicção bem elucida a hipótese:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido⁴⁷.

Assim, percebe-se que não basta apontar-se para o dano supostamente sofrido pela vítima – identificando-se, assim, apenas o elemento objetivo do dever de indenizar – pois, se não claramente demonstrado o liame de causalidade com a conduta antijurídica efetivamente cometida pelo agente, não surge o dever de indenizar.

Com a proficiência de sempre, Sergio Cavalieri Filho pontifica que:

⁴⁶ Op. cit. 97.

⁴⁷ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 31 de dez. 1940. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 14 nov. 2008.

O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente⁴⁸.

No direito civil brasileiro, adotou-se a teoria da causalidade adequada, segundo a qual “causa” será aquela mais apropriada a produzir o efeito danoso.

Para o ilustre jurista Aguiar Dias, a ligação do resultado do evento à conduta lesiva é de singular importância para a configuração da responsabilidade civil: “É preciso sempre demonstrar, para intentar a ação de reparação, que, sem o fato alegado, o dano não se teria produzido”⁴⁹.

Discorrendo sobre a matéria, afirma Rui Stoco:

No tocante à determinação do nexo causal, duas questões se antepõem: a primeira pertine à dificuldade de sua prova; a segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra a ‘causalidade múltipla’, pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa efetiva⁵⁰.

Maria Helena Diniz, por sua vez, ressalva que:

não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência⁵¹.

Uma vez obstado o nexo causal, não haverá dever de indenizar, pois sua demonstração é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil.

Discorrendo sobre o assunto, Venosa pondera:

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força

⁴⁸ Op. cit. p. 46.

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil em Debate**. Editora Forense. 1º ed. : 1983, p. 177.

⁵⁰ Op. cit., p. 63.

⁵¹ Op. cit., p. 81.

maior inexistência de relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Se o dano ocorrer por culpa exclusiva da vítima, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexo causal⁵².

E, citando Stoco: “A determinação do nexo causal é uma situação de fato a ser avaliada no caso concreto, não sendo proveitoso enunciar uma regra absoluta⁵³.”

São, também, excludentes de responsabilidade, embora admitidas excepcionalmente, o fato de terceiro e, na responsabilidade contratual, a cláusula de não indenizar.

1.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Nos dizeres de Cavaliere:

Quem infringe um dever jurídico, *lato sensu*, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a reparar este dano, ou seja, indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato, ou, por outro lado, pode ter como causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.[...]Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamado de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto⁵⁴. (grifo do autor)

A responsabilidade negocial, segundo Savatier, citado por Aguiar Dias, consiste “na inexecução previsível e evitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou aos seus sucessores”⁵⁵.

A responsabilidade contratual, para Aguiar Dias:

⁵² Op. cit. p.53.

⁵³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 75 *apud* Loc. cit.

⁵⁴ Op. cit. p.15.

⁵⁵ Op. cit. n. 108. p. 139 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 162.

pressupõe um contrato válido, concluído entre o responsável e a vítima. Decompondo esse conceito, obtemos três elementos: existência do contrato; a sua validade, envolvendo, naturalmente, a questão da responsabilidade no caso de contrato nulo; estipulação do contrato entre o responsável e a vítima⁵⁶.

Como é cediço, pela regra geral, todas as pessoas, antes de firmarem um pacto, têm a liberdade de escolher, de acordo com as suas conveniências, com quem e quando contratar, bem como podem estipular o conteúdo da avença, acertando as cláusulas contratuais da forma que melhor lhes convier, salvo os casos especiais, como os dos contratos de adesão, que devem respeitar os preceitos de ordem pública.

No entanto, embora existam tais liberdades no que concerne ao surgimento do contrato, o mesmo não ocorre no que tange à liberdade das partes às imposições do mesmo, já que vige o princípio da força vinculante dos contratos, denominado de *pacta sunt servanda*. Destarte, uma vez feito entre os contratantes o pacto, regra geral não há como se libertar unilateralmente do avençado, passando o contrato ter força de lei entre aqueles que o firmaram.

Sendo assim, o inadimplemento contratual gera para o outro contratante uma sensação de frustração na sua expectativa, ocasionando para o mesmo um dano, seja na esfera patrimonial, ou de ordem moral.

Presente a conduta violadora da obrigação pactuada, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros elementos, resta claro a obrigação de indenizar, donde resulta a responsabilidade contratual.

Dessa forma, a responsabilidade contratual, nada mais é do que o descumprimento de um acordo de vontades preestabelecido, ou seja, a transgressão de um dever jurídico preexistente.

A responsabilidade contratual está prevista no Código Civil, em seu art. 389, que dispõe: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”⁵⁷.

⁵⁶ Op. cit. p. 165.

⁵⁷ BRASIL. Código Civil. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de JAN. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14.11.2008.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, deriva da existência de um fato lesivo à esfera jurídica de outrem, não pressupondo qualquer avença anterior entre ofensor e ofendido, ou seja, a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei ou por um preceito geral de Direito.

Aplica-se, no caso, o art. 927 combinado com o art. 186 do Código Civil. Dispõe o art. 927: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁵⁸. De seu turno, o art. 186 proclama: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁵⁹. É, assim, a responsabilidade oriunda do ilícito extracontratual, denominada também de responsabilidade aquiliana.

Orlando Gomes, sobre a matéria ensina que:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de uma violação legal, ou seja, da lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, independentemente da existência de algum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém⁶⁰.

Cavalieri observa com propriedade:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica⁶¹.

⁵⁸ Loc. cit.

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.12

⁶¹ Op. cit. p. 15.

No entanto, apesar da clara distinção entre os dois tipos de responsabilidades, com respaldo, inclusive, na lei civil, existem autores que são adeptos da teoria unitária ou monista, ou seja, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes.

Seguindo essa linha de raciocínio, os irmãos Mazeaud, parafraseados por José de Aguiar Dias, sustentam – com a concordância do próprio Aguiar Dias:

[...] que a responsabilidade civil deve ser estudada em plano único. É preciso compreender, porém, que o fato de considerar desse ponto de vista a questão não importa em arrasar as diferenças existentes entre os dois aspectos da responsabilidade. O que se quer significar é que essas diferenças não são fundamentais, não atingem os princípios essenciais da responsabilidade⁶².

Carvalho Santos, afirma “que as duas espécies têm pontos de contato, porque constituem, ambas, violação de uma obrigação jurídica”⁶³. O insigne mestre, entretanto, ressalta a importância da distinção acessória, reconhecida pela unanimidade dos autores.

Aguiar Dias, por sua vez, arremata com maestria:

[...]domina hoje na doutrina a convicção de que, com respeito à responsabilidade civil, as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade, são três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, nexos de causa e efeito entre os primeiros elementos⁶⁴.

E mais adiante, sustenta que “A responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é uma”⁶⁵.

O Código Civil brasileiro distinguiu essa dicotomia, regulando-as em seções diferentes. Entretanto, essa divisão não é estanque. Segundo Cavalieri: “Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras

⁶² Henri et Leon Mazeaud. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle**. 3º ed. Paris, 1938, t. 1, nº 96, p. 110 *apud* Op. cit. p. 155.

⁶³ SANTOS, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro, 1935. v.3. p. 317 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 155.

⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 155.

⁶⁵ *Ibid.* p. 156.

previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual”⁶⁶.

Sobre o Código de Defesa do Consumidor [CDC] Cavalieri atesta:

O Código do Consumidor [...] superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo⁶⁷.

1.4 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva está intimamente ligada à idéia de culpa, que figura como seu principal pressuposto. Assim, vale dizer, que não basta para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexo causal, é necessário também a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa.

Assim, na segunda metade do século XX, constatou-se a insuficiência da disciplina da responsabilidade subjetiva, face o advento de determinadas atividades de risco, as quais deixavam as vítimas de lesões, em boa parte dos casos levados a juízo, sem a devida reparação. Sobre o assunto, ensina Cavalieri:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

[...]O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva.

⁶⁶ Op. cit. p. 16.

⁶⁷ Loc. cit.

A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, lato sensu, para indicar não só a culpa stricto sensu, como também o dolo⁶⁸.

Alvino Lima, parafraseado por Aguiar Dias, pondera:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa – *pondera com justeza Alvino Lima* - não era possível resolver um sem-números de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva⁶⁹. (grifo do autor)

Nasceu assim, a responsabilidade objetiva, que por sua vez, prescinde da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e o liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida.

Sobre o tema, importante é o escólio de Rui Stoco:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. 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 responsável⁷⁰.

Aguiar Dias, conclui acerca do Código de 1916, apoiado em Alvino Lima: “O nosso direito, em tese, adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade⁷¹.”

⁶⁸ Loc. cit.

⁶⁹ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**, p.87 *apud* op. cit. p. 64.

⁷⁰ Op. cit., p. 66.

⁷¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 176 *apud* *ibid.* p. 62.

Entretanto, não se filiou, decisivamente, nem a um e nem a outro dos sistemas já apreciados⁷².

Adiante, sentencia: “é conveniente ponderar que, naquilo em que não seguiu a orientação moderna, o nosso legislador ficou extremamente aquém das conquistas do direito da responsabilidade⁷³”.

Em harmonia, o sempre festejado Cavalieri expõe:

A responsabilidade subjetiva era a regra no Código Civil de 1916, já que todo o sistema de responsabilidade estava apoiado na culpa provada, tal como prevista na cláusula geral do art. 159 – tão hermética que, a rigor, não abria espaço responsabilidade outra que não fosse subjetiva. Apenas topicamente o antigo Código admitia a culpa presumida (art. 1.521) e a responsabilidade objetiva (arts. 1.527, 1.528 e 1.529). Em razão disso, a grande evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX (partimos da culpa provada e chegamos à responsabilidade objetiva, em alguns casos fundada no risco integral) teve lugar ao largo do Código de 1916, por meio de leis especiais⁷⁴.

Contudo, devemos observar a lição do insigne mestre, onde ressalta em sua obra que:

o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Mas isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque essa responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de Direito de que ninguém pode causar dano a outrem. Então – vale repetir -, temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais; sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva⁷⁵.

⁷² Op. cit. p. 62.

⁷³ Loc. cit.

⁷⁴ Op. cit. p. 22.

⁷⁵ Ibid. p. 23.

CAPÍTULO II

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do médico

Pio Avecone, parafraseado por Kfoury Neto, faz o seguinte esboço histórico sobre a evolução da responsabilidade médica, que facilita a compreensão do supracitado instituto:

As doenças e as dores nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou ele de predispor os meios necessários para combater ambos os males.

Essas primeiras atividades não se direcionaram propriamente ao estudo das patologias, mas essencialmente à sua cura. Predominou, durante milênios, o empirismo. [...]

Se, no entanto, a cura não acontecia, não é difícil imaginar que a culpa recaísse sobre o feiticeiro, acompanhada da acusação de imperícia ou de incapacidade. Desde os primórdios, portanto, prevêm-se sanções para os casos de culpa relativa ao insucesso profissional dos médicos.

Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Tal crença derivava da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagira àqueles processos de cura. E quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais, não apenas vinculando-os, como na fase antecedente, ao singelo fato objetivo do insucesso.

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hammurabi (1790 – 1770 a.C), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral ⁷⁶.

Adiante, conclui Avecone:

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto.

Se essa era a lei [...], pode-se imaginar com que serenidade o médico se preparava para uma cirurgia, com os meios de que então dispunha. Por óbvio, só operações de extrema simplicidade eram praticadas, também porque a anatomia era muito pouco conhecida ⁷⁷.

O código suso mencionado assim dispõe:

Art. 215. Se um médico fizer uma grande incisão com uma faca de operações e curar o paciente, ou se ele abrir um tumor (em cima do olho) com uma faca de operações, e salvar o olho, o médico deverá receber 10 shekels em dinheiro.

Art. 216. Se o paciente for um homem livre, ele receberá cinco shekels.

Art. 217. Se ele for escravo de alguém, seu proprietário deve dar ao médico 2 shekels.

Art. 218. Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas.

Art. 219. Se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro.

Art. 220. Se ele tiver aberto o tumor com uma faca de operações e ter tirado o olho (do tumor) ele deverá ser pago a metade do calor contratado.

Art. 221. Se um médico curar um osso quebrado ou uma parte maleável do corpo humano, o paciente deverá pagar ao médico cinco shekels em dinheiro.

Art. 222. Se ele for um homem libertado, ele deverá pagar três shekels.

⁷⁶ AVECONE, Pio. **La responsabilità penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981. p.3 e segs. *apud* Op. cit. p. 47.

⁷⁷ Loc. cit. *apud* KFOURI NETO, *ibid.* p. 48.

Art. 223. Se ele for um escravo, seu dono deverá pagar ao médico dois shekels⁷⁸.

No antigo Egito, a saúde era objeto de interesse público e social. Os médicos possuíam elevada posição social, sendo muitas das vezes confundido com sacerdotes. Possuíam um livro de condutas às quais os médicos ficavam sujeitos. Seguindo-se à risca, livravam-se eles de toda e qualquer interpelação judicial. Ao revés; se tais regras não fossem observadas e o paciente viesse a falecer ou sofresse qualquer espécie de lesão, a pena imposta ao esculápio era a de morte⁷⁹.

Sem dúvida, tal punibilidade impedia em muito os avanços da medicina, haja vista que, se percebesse o médico que as técnicas usuais não poderiam salvar o paciente, dificilmente procuraria ele outro modo de salvar o enfermo, já que estaria colocando sua vida em risco.

Os gregos, influenciados pela filosofia, construíram uma ciência médica embasada em elementos racionais e não somente empíricos. O juramento de Hipócrates, o qual contém os princípios da ética médica, é a eles atribuído. A idéia de que a culpa do médico não deve ser presumida, quando não obtida a cura, mas analisada concretamente, também se deve aos gregos, entendendo os mesmos que a responsabilidade do médico deveria ser apreciada por perito e colegiado de médicos [correspondente ao perito judicial contemporâneo]. É na sociedade grega, que o Estado passa a regulamentar a área da saúde, conferindo-lhe natureza publicística⁸⁰.

No Direito Romano a responsabilidade civil recebeu os princípios genéricos que nortearam as legislações modernas⁸¹.

Substituindo a vingança privada, o poder público passou a intervir no sentido de permiti-la ou reprimi-la, quando injustificável⁸². É a pena de Talião, da qual se encontram traços da Lei das XII Tábuas (Tábua VIII, 2º. Lei)⁸³.

⁷⁸ CÓDIGO DE HAMMURABI *apud* NIGRE, André Luís. **O atuar médico**: direitos e obrigações. 2º ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Maanain, 2007. p.41.

⁷⁹ KFOURI Neto, Miguel. *Op. cit.* p. 50.

⁸⁰ *Ibid.* p. 51-52.

⁸¹ *Ibid.* p.48.

⁸² *Loc. cit.*

⁸³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1963. p.20 e segs. *apud* KFOURI Neto. *Op. cit.* p. 48.

O estágio seguinte foi a composição voluntária, a critério da vítima, que recebia do agressor um “resgate”. Passa-se então a composição tarifada – prevista na Lei das XII Tábuas. Finalmente, com o advento da Lei Aquília [ano 468] se tem início a generalização da responsabilidade civil. Nela, encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena capital ou deportação do médico culpado de falta profissional⁸⁴.

Correia e Sciascia, citados por Kfouri Neto afirmam que, em Roma, o ato ilícito conduzia a obrigação de indenizar a parte lesada e a condenação a uma pena pecuniária. Elucidam, ainda, que com o surgimento da Lei Cornélia se estabeleceu uma série de delitos suscetíveis aos profissionais médicos e as penas que deveriam ser cominadas.

Com a *Lex Aquilia de damno* [plebiscito posterior à Lei Hortênsia, do séc. III a.C] formulou-se um conceito de culpa, assim como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos podiam cometer. Estabelece-se então a obrigação de reparar o dano, limitando ao prejuízo econômico, inexistindo o que hoje se define como dano moral⁸⁵.

Inicialmente exercida por curandeiros e sacerdotes, sendo a seguir, vista sob o prisma de ciência, a atividade médica passou a dignidade de profissão, organizando-se em cursos, surgindo especializações médicas. O *modus operandi* do profissional de medicina daquela época não se distanciava muito do que hoje se observa⁸⁶.

Na França, por sua vez, onde a teoria da responsabilidade civil foi tratada de forma mais aprofundada, a Academia de Medicina de Paris, em 1829, proferiu decisão no sentido de haver apenas responsabilidade moral dos profissionais médicos. O ressarcimento material do dano era entendido como uma forma de enriquecimento sem causa, imputando-se ao médico, injustamente, uma fatalidade do destino. Conferia-se, assim, uma imunidade ampla, visto que só seriam responsabilizados se cometessem um erro grave [negligência ou torpeza que qualquer homem pudesse praticar], não aquela privativa ao esculápio. O ônus da prova incumbiria ao paciente⁸⁷.

O parecer do perito médico deveria ser fulminante na elucidação da controvérsia, posto ser sua opinião abalizada.

⁸⁴ KFOURI Neto. Op. cit. p. 48-49.

⁸⁵ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v.1. p. 363 e ss *apud* KFOURI Neto. loc. cit.

⁸⁶ KFOURI Neto. Op. cit. p. 50.

⁸⁷ KFOURI Neto. Op. cit. p.52.

Essa doutrina foi chamada por Iturraspe como ‘responsabilidade eufemística’⁸⁸.

Entretanto, a partir de 1832, ocorre verdadeira revolução na jurisprudência francesa [atualmente é plena a reparabilidade do dano médico], passando-se a decidir em conformidade com o ensinamento do então procurador Dupin:

[...] do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa⁸⁹.

Mais recentemente, o médico era visto como um profissional acima de qualquer suspeita, cujo o título lhe garantia a confiabilidade, a amizade e respeito, sendo o médico da família.

No entanto, com a evolução da sociedade, onde as relações estão cada vez mais massificadas e os avanços tecnológicos, os médicos se distanciaram de seus pacientes.

Com muita propriedade, Venosa explica que o médico de hoje não guarda muita semelhança com o seu colega de passado recente:

[...] o médico de família, o experiente clínico geral, amigo e conselheiro, desapareceu. Hoje, o médico, mesmo em pequenas comunidades, deve participar de clínica, hospital, entidade associativa pública ou privada, convênio; na maioria das vezes, em múltiplas atividades concomitantemente. Poucos são os profissionais que se mantêm apenas com atividade individual.

Nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico-paciente seja quase exclusivamente profissional. Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob diverso contexto. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para seu mal⁹⁰.

⁸⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Ástrea, 1979, p.67 *apud* KFOURI Neto. loc. cit.

⁸⁹ Procurador DUPIN *apud* PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-24 *apud* KFOURI Neto. loc. cit.

⁹⁰ VENOSA. Op. cit. p. 127 e 128.

2.2 O cenário atual da responsabilidade civil médica no direito brasileiro

Luis Martinez-Calcerrada y Gómez, parafraseado por Kfourri Filho, explica que:

até algum tempo atrás, o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável. Raro, nesses casos, buscar-se reparação. Daí, passou-se a uma situação totalmente contrária, não só de proteção ao lesado, como também de predisposição deste em imputar qualquer mau resultado ao profissional – seguindo-se a demanda indenizatória⁹¹.

O Código Civil brasileiro, em seus arts. 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, mantendo a responsabilidade civil do profissional da medicina assentada no estatuto da culpa [a exemplo do Código revogado, arts. 159 e 1.545]⁹².

É que a idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva⁹³.

É a aplicação do art. 186 do Código Civil, ao contrato que se estabelece entre o médico e o paciente, que traz a regra geral da indenizabilidade, complementada pela regra específica prevista no art. 951, também do Código Civil, que dispõe que:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 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 trabalho⁹⁴.

⁹¹ GÓMEZ, Luis Martinez-Calcerrada y. **La responsabilidad civil médico-sanitaria**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 9 apud KFOURI NETO. Op. cit. p. 25.

⁹² KFOURI NETO, Miguel. Op. Cit. p. 61.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op.cit. p. 17.

⁹⁴ BRASIL. Código Civil. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de JAN. 2002.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14.11.2008.

Assim, temos que hoje o médico responde pelas faltas que possa vir a cometer no exercício de sua profissão, essas faltas podem comportar, inclusive, dois tipos de ação: civil e penal.

2.2.1 Natureza contratual da responsabilidade médica

Conforme assinalado por Josserand, com o desiderato de seguir em socorro à vítima, a jurisprudência se tem utilizado da substituição da responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual. Esta, segundo o mestre, “espalha-se como a mancha de óleo e não se sabe onde se deterá, na sua marcha progressiva”. É Josserand quem indaga se um dia o médico ou o cirurgião responderão contratualmente pelos danos resultantes de um tratamento contra-indicado ou de uma intervenção infeliz⁹⁵.

Após longa controvérsia sobre a natureza jurídica da responsabilidade médica e sua posterior classificação como locação de serviços ou contrato *sui generis*; muitos admitem⁹⁶, embora não haja um consenso na doutrina, que a relação instaurada entre o médico e seu paciente, pode ser considerada como um contrato *sui generis*, em razão dos deveres extrapatrimoniais, que estão intimamente ligados a esta relação.

O contrato de prestação de serviços médicos é considerado *sui generis*, tendo em vista que:

O médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo que reclama dos cuidados profissionais. A soma excepcional de poderes do médico corresponde a característica limitação das faculdades do cliente [...]. Tudo isso mostra que o contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços⁹⁷.

⁹⁵ JOSSERAND. **Evolução da Responsabilidade Civil**, na Revista Forense, vol. 86, ps. 548 e segs. Tradução de Raul Lima *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p.327-328.

⁹⁶ DIAS. Op. cit. p. 328; e CAVALIERI. Op. cit. p. 360.

⁹⁷ DIAS, op. cit. p. 330.

O nosso Código Civil cuida da responsabilidade médica em seu art. 951, citado no subcapítulo acima, dispositivo este que se encontra na parte destinada aos atos ilícitos. Diante desta localização no citado diploma legal, surgiu a dúvida quanto à natureza do dever de reparação dos atos praticados por médicos, no atuar de seu ofício.

No entanto, hoje já é pacífico que embora a norma esteja descrita no capítulo do Código Civil referente aos atos ilícitos, o que levaria a crer que a responsabilidade médica seria extracontratual, é notório que existe um contrato entre o médico e seu paciente.

Sob o arrimo dos irmãos Mazeaud, Aguiar Dias ensina que a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial, quando ambas conduzem ao mesmo resultado⁹⁸.

De seu turno, Venosa, leciona:

A doutrina tradicional discute o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. [...] Inexiste diferença ontológica entre as suas duas modalidades de responsabilidade, contratual ou extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente⁹⁹.

Na responsabilidade médica, contudo, há situações onde o caráter contratual entre o esculápio e o paciente é turvo. Como exemplo, a situação de um médico que presencia um acidente e diante da circunstância presta socorro, em face de sua qualificação, e também os casos dos médicos que trabalham nas emergências de hospitais públicos.

Pertinente, aliás, é o ensinamento de Venosa:

[...]A relação médico-paciente pode até mesmo ser de natureza estatutária, se o profissional for de hospital pertencente ao Estado. O médico que atua como funcionário público, causando dano a paciente, deve ser absorvido pela responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição.

⁹⁸ Ibid. p. 329

⁹⁹ VENOSA. Op. cit. p. 134.

O Estado terá regresso contra o médico se este estiver agido com culpa. Na responsabilidade civil do Estado, em matéria de atendimento médico, o que está em jogo é a chamada falta do serviço público causadora de dano ao particular, e não a responsabilidade de um agente público em particular¹⁰⁰.

Observando a doutrina e a jurisprudência francesas, Aguiar Dias aduz que os tribunais daquele país têm declarado a responsabilidade contratual do médico, mesmo quando sua assistência é ato de pura cortesia¹⁰¹.

Entretanto, apesar de se considerar como contratual, a responsabilidade civil do médico é subjetiva e com culpa provada¹⁰².

Cumprindo esclarecer, que no campo da atividade médica, a questão quanto ao tipo de responsabilidade, se contratual ou extracontratual, perde muita importância. Conforme visto no item 1.3 do trabalho, na responsabilidade médica esta distinção também tem perdido sua força, pois tanto a doutrina como a jurisprudência têm firmado o entendimento de que a questão da objetivação da responsabilidade e, conseqüentemente, da inversão do ônus probatório não se liga mais à divisão entre culpa contratual ou extracontratual, mas sim se a obrigação assumida pelo médico foi de meio ou de resultado. Diante desta averiguação é que ficará clara a obrigação quanto a carga probatória, se caberá ao ofendido ou ao ofensor.

Sobre o fato de ser a responsabilidade civil do médico apurada mediante culpa, apoiado em Savatier, Aguiar Dias pondera:

A razão por que assim acontece é explicada com incomparável clareza por Savatier, ao mostrar que a prova, na responsabilidade civil contratual, recai sobre o devedor ou sobre o credor, conforme se trate de obrigação de meio ou de resultado. Assim aconteceu com o transporte, a cujo propósito, antigamente, se exigia, do viajante, prova da culpa do transportador. Se hoje, ao contrário, se exige do último a prova de que não pode ser responsabilizado, não é porque se negasse, até então, o caráter contratual das relações entre eles, mas porque, antigamente, o contrato de transporte não se encarava como obrigação de resultado. Assim, a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor

¹⁰⁰ Ibid. p. 135.

¹⁰¹ DIAS, *ibid.* nota nº 476, p. 331.

¹⁰² CAVALIERI, *Op. cit.* p. 360; DIAS, *Op. cit.* p. 330 e 331; SAVATIER, *ob. cit.*, nº 113, p. 147 e nº 778, p. 395 *apud* DIAS, *ibid.* nota nº 475, p. 331; MAZEAUD et MAZEAUD, *ob. cit.*, nº 148, p. 188 *apud* DIAS. *loc. cit.*; e KFOURI Neto. *Op.cit.* p. 71.

comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. E o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão¹⁰³.

Nesse sentido é o escólio de Cavalieri Filho:

[...] De qualquer forma, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio. [...] Apenas no primeiro caso – obrigação de resultado – a culpa é presumida, devendo ser provada no segundo caso, tal como na responsabilidade delitual¹⁰⁴.

A seguir, com precisão cirúrgica que lhe é peculiar, e após o advento do Código do Consumidor, Cavalieri Filho conclui:

Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc¹⁰⁵.

Cumpre trazer à baila a lição de Serpa Lopes:

De qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e seu cliente, pouco importa que se trate de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma obrigação de meios, ao prejudicado é que incumbe o ônus probatório da infringência dessas obrigações¹⁰⁶.

2.2.2 Obrigação de meio e obrigação de resultado

¹⁰³ SAVATIER. Op. cit. nº 113, p.147 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 331.

¹⁰⁴ Op. cit. p 360.

¹⁰⁵ Loc. cit.

¹⁰⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v.5, p. 264 e 265 *apud* KFOURI Neto. Op. cit. p. 72.

O contrato depende do consenso das partes, neste caso, do médico e do paciente, que poderá ser expresso ou tácito. Em se tratando do contrato médico, muitas das vezes o paciente não tem condições de exprimir sua vontade, o que é feito por familiares, sem que, contudo, a ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência de negócio jurídico entre as partes¹⁰⁷.

Assim, instaurada a relação entre o paciente e o médico, este passa a ter como obrigação, a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, segundo a fórmula consagrada na escola francesa¹⁰⁸.

Disso resulta a chamada obrigação de meios, que nos contratos médicos, prevalece como a regra geral, pois nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar um doente ou de salvá-lo. Deve-se levar em consideração que o médico trabalha junto ao corpo humano, que em muitas das vezes apresenta reações inesperadas, tanto positivas como negativas.

A medicina, a despeito de todo seu desenvolvimento nos últimos anos, tem inúmeras limitações, principalmente ligadas às condições subjetivas, individuais, genéticas, históricas e culturais de cada paciente.

Aguiar Dias transcreve o ensinamento de Jurandir Sebastião, fazendo ressalva quanto à segunda parte, tendo em vista a situação do caso concreto, principalmente com relação aos serviços da rede pública de saúde, devendo-se sopesar as efetivas condições experimentadas pelo médico, quando lhe falta estrutura adequada:

Sem dúvida que o exercício da Medicina envolve, como regra geral, contrato de meios. Mas [...] por contrato de meios, em Medicina, há de se compreender o dever de empenho técnico adequado e satisfatório por parte do médico, tal como expresso, dentre outros, nos artigos 2º, 5º, 14, 27 e 57 do Código de Ética Médica. Quando o empenho não é adequado tecnicamente, o paciente recebe menos do que devia.

¹⁰⁷ DIAS, José de Aguiar. *Ibid.* p. 333.

¹⁰⁸ CAVALIERI Filho. *Op. cit.* p. 360; e DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.* p. 332.

A questão é muito simples: quem procura médico não o faz para receber o melhor desse profissional, mas sim, para receber o melhor da Medicina. Quando o médico deixa de aplicar ao paciente o melhor da Ciência Médica (por desídia profissional ou por omissão no acompanhamento da evolução da Ciência), estará prestando serviços de qualidade inferior, deixando de dar ao paciente o melhor. Com isso poderá retardar a sua cura, quando, por exemplo, não diagnostica corretamente a doença em tempo oportuno, decorrendo, por isso, o agravamento ou consolidação de situação crônica¹⁰⁹.

No entanto, apesar da obrigação médica ser considerada de meio, pelos motivos acima narrados, a doutrina e a jurisprudência dominantes consideram que em algumas especialidades médicas, as obrigações são de resultado. É o caso dos tratamentos odontológicos, dos exames radiológicos, da transfusão de sangue e das cirurgias estéticas *stricto sensu*.

Segundo Aguiar Dias:

Considera-se contrário ao costume ou à ética profissional assegurar o médico determinado resultado ao cliente. Isso, entretanto, não influi na validade do compromisso desse teor livremente assumido por um médico para com o seu cliente. Este critério é particularmente válido em relação a cirurgia, em que se supõe, pela própria finalidade do tratamento, a obrigação de resultado¹¹⁰.

Como obrigação de resultado, entende-se que é aquela na qual o devedor se compromete a realizar determinado fim, ou seja, ele promete que o resultado esperado será devidamente cumprido, assumindo o risco.

Na obrigação de resultado, nos dizeres de Teresa Ancona Lopez de Magalhães:

o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências. [...] Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade¹¹¹.

¹⁰⁹ JURANDIR SEBASTIÃO. COAD. **Seleções Jurídicas**. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. p. 52 *apud* Op. cit. 332-333.

¹¹⁰ SAVATIER. Op. cit., 2º t., nº 775, p.390 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 333.

¹¹¹ MAGALHÃES. Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**. São Paulo: RT, 1980. p. 32 *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 178.

A consequência prática da distinção entre as obrigações de meios e de resultado, no contrato de prestação de serviço médico reside no fato de que, sendo a obrigação considerada como de resultado, basta que o paciente demonstre a relação contratual e a não obtenção do resultado prometido, cabendo ao médico provar a existência de alguma excludente de responsabilidade, já que em tais casos, há contra o mesmo uma presunção de culpa. Na obrigação de meios, o paciente deverá provar a conduta ilícita do médico, ou seja, se ele não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato médico.

Logo, conclui-se que tanto na responsabilidade delitual, como na contratual derivada de uma obrigação de meio, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito, seja porque descumpriu com sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida.

2.2.3 Natureza subjetiva da responsabilidade médica

O Código Civil brasileiro em seus arts. 186 e 951 [a exemplo do Código revogado, arts. 159 e 1.545], não se afastou da teoria subjetiva. A responsabilidade civil do médico é eminentemente subjetiva; à vítima incumbe provar a culpa *latu sensu* do agente para obter a reparação do dano¹¹².

Buscando atender ao princípio social da reparação, e observando a dificuldade [por vezes impossibilidade] da vítima em produzir a prova do ato ilícito, o direito brasileiro admite, em hipóteses específicas, a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa¹¹³.

Como regra geral, tem-se como referência a análise da culpa individual do profissional, com o ônus da prova a cargo do ofendido, contudo, como acima salientado, a

¹¹² KFOURI NETO. Op. cit. p. 61.

¹¹³ Ibid. p. 61-62.

doutrina e a jurisprudência entendem que excepcionalmente, em determinadas especialidades médicas, a obrigação do profissional será de resultado e, portanto, o dano advindo desta conduta será objetivamente reparado.

Para Kfoury Neto:

Aos profissionais liberais – e ao médico, em particular – aplicam-se as regras da responsabilidade subjetiva, mediante aferição do comportamento culposo.

Mesmo nos casos em que se reconheça existir vínculo entre hospital e médico, ainda assim estar-se-á presente a responsabilidade subjetiva – e a consequência de se inverter o ônus da prova em seu leito natural -, pois se refere à prova de culpa¹¹⁴.

Sendo assim, a responsabilidade médica, no direito brasileiro, tem natureza subjetiva, haja vista a necessidade de culpa para o surgimento da obrigação de indenizar. A apreciação da culpa em tal caso, porém, contém certas peculiaridades, devendo o julgador tentar reconstruir os fatos com os elementos a sua disposição, e caso necessário, se utilizar da prova pericial técnica, uma vez que o juiz é leigo no que tange aos aspectos técnicos da arte, devendo, portanto, recorrer a um *expert* para o encargo, a fim de que avalie a conduta do profissional, suposto causador do dano.

No que pertine à prova da culpa, deve-se levar em conta o que foi visto no item 2.2.2. deste capítulo a respeito das obrigações de meios e de resultado. Com efeito, sendo a obrigação assumida pelo médico de meio, se o paciente sofreu algum dano advindo desta relação, deve o mesmo provar que o médico agiu de maneira imprudente, negligente ou imperita. Por outro lado, sendo a obrigação do médico de resultado, caberá à vítima apenas provar o dano e o nexo de causalidade, devendo o profissional demonstrar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade.

A Prof.^a Teresa Ancona sugere, para a avaliação da culpa médica, a existência de alguns princípios, a saber: *a)* se o dano ocasionado ao paciente for originado por erro de diagnóstico, só haverá responsabilidade do médico se tal erro for grosseiro; *b)* o especialista será tratado de forma mais severa que o clínico geral; *c)* havendo risco de vida, mutilação ou seqüelas (como na radioterapia) em virtude da intervenção médica, faz-se imprescindível o prévio consentimento do paciente [se houver iminente perigo de vida, o

¹¹⁴ Ibid. p. 202.

profissional poderá intervir sem o seu amparo, numa justificativa supralegal]¹¹⁵; d) há que se atentar para a necessidade de eventual cirurgia; a mutilação em si não obriga o médico a indenizar o paciente, mormente se houver no caso o risco de um bem maior, como a vida do mesmo; o risco é inerente à atividade médica, o que deve ser sempre levado em consideração; e se na intervenção inexistente finalidade terapêutica ou curativa, como nas cirurgias plásticas estéticas por exemplo, havendo dano a responsabilidade deverá ser apreciada com maior rigor¹¹⁶.

A medida da indenização é a extensão do dano. Mesmo que mínima, a culpa obriga o agente a indenizar [*in lege aquilia et levíssima culpa venit*]. Entretanto a desproporcional relação entre o grau da culpa e o dano autorizará o magistrado a reduzi-la eqüitativamente [art. 944, do Código Civil].

Desse modo, a classificação da culpa, quanto aos seus graus [item 1.2.1. do Capítulo I], tem certo relevo na apreciação da responsabilidade médica, posto existir o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que, quanto mais grave a culpa, maior será a responsabilidade do médico em indenizar a vítima pelo prejuízo sofrido.

2.2.3.1 A culpa médica

A responsabilidade civil do profissional médico, conforme visto anteriormente, continua sob a égide da teoria da culpa. Os arts. 186 e 951 do Código Civil fundamentam tal asserção, devendo ser provado que o médico agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.

A negligência médica, no dizer de Genival Veloso de França:

¹¹⁵ PANASCO, Lacerda Wanderby. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97 *apud* Kfourí Neto. Op. cit. p. 81.

¹¹⁶ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CHALI, Yussef Said. (coord.). **Responsabilidade civil** – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 1984. p. 309-331 *apud* KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 81.

caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); mais: a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; a prática ilegal por pessoal técnico (enfermeiro que realiza punção no doente, advindo complicações e danos) – responde o médico; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência [...]; esquecimento, em cirurgia, de corpo estranho no abdômen do paciente (pinça ou gaze, por exemplo), causando dano¹¹⁷.

Kfoury Neto, sobre a negligência médica, observa:

Portanto, na base da diligência está sempre uma omissão dos comportamentos recomendáveis, derivados da comum experiência ou das exigências particulares da prática médica.

Caracteriza negligência a troca de prontuários e exames [...]; a demora no envio do paciente a especialista; o diagnóstico falho, por exame superficial; o retardamento na intervenção cirúrgica – a desatenção, a desídia, a falta de cuidado¹¹⁸.

Na imprudência há culpa comissiva. Materializa-se na conduta injustificada do profissional, de forma precipitada e sem a observação do dever de cautela.

Pio Avecone invoca o magistério de Introna, para quem:

Em definitivo, agir com imprudência comporta uma boa dose de previsibilidade e de antevisão do evento – não obstante o que se acaba agindo assim mesmo. Na prática, estamos no campo da leviandade, da irreflexão, isto é, de uma conduta que supera os limites da prudência. E nenhuma diferença se divisa entre a imprudência comum e a imprudência profissional, de idêntico conteúdo.

No campo médico, entretanto, a dificuldade reside em se distinguir a imprudência da imperícia – e também na análise em torno do seguinte fato: o médico, ao se definir por determinada intervenção, agiu com imperícia, pois não conhecia a fundo o risco que ela envolvia, ou porque, tendo perfeita consciência do risco, resolveu avançar sua ação além dos limites da licitude.

A imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação¹¹⁹.

¹¹⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Pareceres II**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1996. p.283 *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 89.

¹¹⁸ Op. cit. p. 92.

¹¹⁹ INTRONA, F. **La responsabilità professionale nell' esercizio delle arti sanitarie**, p. 59 *apud* AVECONE, Pio. Op. cit. p. 124 e 125 *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 93.

Imperícia, por sua vez, consubstancia-se na falta de observação das normas por deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. Também é a incapacidade para executar determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos elementares da profissão¹²⁰.

Diagnóstico errado não é sinal absoluto de imperícia, mormente quando confusos os sintomas. Ocorreria aí, o chamado “erro honesto”¹²¹.

Controvertido é a questão: considera-se imperito somente o profissional médico não habilitado, ou, ao revés, existe imperícia no atuar de médico portador regular do título de doutor em medicina?

Avecone fulmina a questão:

É fora de propósito referir-se a imperícia, juridicamente considerada, também ao leigo, ou ao não habilitado ao exercício da arte médica, porque o pressuposto básico de tal tipo de culpa é o exercício legítimo da profissão. Caso contrário, identificar-se-ia hipótese de exercício abusivo, e outra seria a fonte da obrigação de indenizar¹²².

Oportuno é a observação de Kfourri Neto:

Revela imperícia o profissional da medicina que delega ato médico a pessoa não habilitada. Presume-se imperito o médico ginecologista – sem habilitação em cirurgia plástica – que se aventura a realizar intervenções próprias da especialidade para a qual não se qualificou¹²³.

2.2.3.2 *O código de defesa do consumidor e a responsabilidade médica*

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 14, quanto à responsabilidade por danos causados aos consumidores por serviços prestados de modo

¹²⁰ KFOURI NETO. Op. cit. p. 94.

¹²¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Pareceres II**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1996. p.26 *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 94.

¹²² Op. cit. p. 129 e segs. *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 97.

¹²³ Op. cit. p. 99.

defeituoso. O supracitado diploma legal consagra a responsabilidade objetiva, dispondo que:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos ¹²⁴.

Sobre o Código do Consumidor, Cavalieri Filho explica:

Essa lei, a fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, a todas as relações de consumo, onde quer que vierem a ocorrer – no Direito Público ou Privado, contratual ou extracontratual, material ou processual; instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores em nosso país.

E como tudo ou quase tudo em nossos dias tem a ver com consumo, é possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil – *a responsabilidade nas relações de consumo* – [...].

Veremos que a responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no *dever e segurança* do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva¹²⁵. (grifos do autor)

Entretanto, como anteriormente visto, a responsabilidade médica tem natureza subjetiva. Assim sendo, à primeira vista poderia parecer que há contradição entre o afirmado no item 2.2.3 do presente capítulo e o artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

Tal idéia é reforçada pelo §3º do mesmo artigo, segundo o qual: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”¹²⁶.

¹²⁴ BRASIL. Código de Proteção ao Consumidor. Lei. nº 8.078, de 11 set. 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de set. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 14 de nov. 2008.

¹²⁵ Op. cit. p. 17.

¹²⁶ BRASIL. Código de Proteção ao Consumidor. Lei. nº 8.078, de 11 set. 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de set. 1990.

Vê-se que ambos os dispositivos citados consagram a responsabilidade objetiva ao prestador de serviços, o que deveria abranger também o médico e os demais profissionais liberais.

Contudo, afastando tal ilação, prevê o §4º também do artigo 14 da lei suso mencionada que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹²⁷.

Assim, o entendimento de que a responsabilidade civil médica tem natureza subjetiva permaneceu inalterado, havendo a manutenção da norma disciplinada no Código Civil, apesar da relação entre o profissional liberal/médico e o consumidor/paciente, ser uma nítida relação de consumo.

“Essa exceção à lei se justifica plenamente, dada a natureza dos serviços por eles prestados, em que predomina, como obrigação de meios, a margem da incerteza sobre o erro ou defeito eventual dos serviços”¹²⁸.

Ocorre pelo fato de que a relação entre o profissional liberal e seu cliente, é revestida de uma confiabilidade e pessoalidade, onde há uma negociação entre as partes contratantes, diferente, portanto, do que ocorre nos contratos de massa, também chamados de contratos de adesão, onde o consumidor não tem a oportunidade de discutir as cláusulas elencadas, sendo mais um num universo de milhares.

Sobre a recusa, por parte da doutrina, em enquadrar os estabelecimentos hospitalares no artigo 14, *caput*, do CDC, o oxigenado Cavaliere, opondo-se a tal corrente, assevera:

Não vemos a menor incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço. Lembre-se que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou no tratamento, mas se não for possível apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital¹²⁹.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 14 de nov. 2008.

¹²⁷ Loc.cit.

¹²⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 547.

¹²⁹ Op. cit. p. 374.

2.2.3.3 *A inversão do ônus da prova*

A inversão do ônus probatório foi sem dúvida um grande avanço em termos jurídicos, trazido pela lei consumerista. A citada Lei trata da matéria em seu art. 6º, inciso VIII, onde dispõe:

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 experiência¹³⁰.

A solução é inovadora, alterando profundamente a regra geral contida no Código de Processo Civil, em seu art. 333, inciso I e II, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor [*Actori incumbit onus probandi*], quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato, impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Assim, o Juiz mediante o requerimento da parte ou de ofício, se verificado um dos pressupostos autorizadores da inversão, quais sejam, a verossimilhança das alegações [mediante juízo de probabilidade] ou a hipossuficiência [econômica e ou técnica] do consumidor, poderá, com base no artigo de lei acima citado, inverter o ônus da prova.

Controverso na doutrina é a questão acerca da inversão do ônus probatório na responsabilidade civil médica, sob o prisma da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, posto que no contrato de prestação de serviço médico, claramente, se percebem as figuras do consumidor [paciente] e do fornecedor/prestador de serviço [médico].

¹³⁰ BRASIL. Código de Proteção ao Consumidor. Lei. nº 8.078, de 11 set. 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de set. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 14 de nov. 2008.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de suas grandes inovações, em nada inovou no tocante à responsabilidade dos profissionais liberais, que no caso se incluem os médicos, ou seja, a responsabilidade continua sendo a regulada pelo Código Civil, de forma subjetiva.

Assim, entendem alguns, que não seria cabível a inversão do ônus probatório, pois o próprio Código de Defesa do Consumidor excepciona os casos dos profissionais liberais, impondo que a responsabilidade dos mesmos será apurada mediante a verificação de culpa, de forma subjetiva.

Corroborando esse entendimento, é o voto vencido da lavra do então Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito, onde o mesmo sustenta que:

No presente caso, invocado que foi o Código do Consumidor, o magistrado, o que foi mantido pela Corte estadual, determinou a realização de perícia e afastou a inversão do ônus. E o fez, a meu juízo e com todo o maior respeito aos que entendem em sentido contrário, corretamente, sendo impossível, no sistema do Código, presente a responsabilidade de um profissional liberal, autorizar-se a inversão do ônus e negar-se a perícia¹³¹.

Por sua vez, o sempre festejado Cavalieri, inicialmente, observa a dificuldade da produção de prova no caso em tela:

A prova de culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais não severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a *conspiração do silêncio*, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado¹³². (grifos do autor)

Para finalmente arrematar:

Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do

¹³¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Recurso especial nº 81.101. 1999**. DJU em 31.05.1999

¹³² CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 361.

Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, como observa oportunamente o insigne Nélson Nery Jr. ('Princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor', *Direito do Consumidor* 3/5, setembro-dezembro/92)¹³³.

Com entendimento análogo, Ênio Zuliani infere:

A inversão visa contornar as dificuldades da vítima, com o dever de provar a culpa do médico, uma tarefa, na maior parte das vezes, difícil ou impossível de ser cumprida. Essa dificuldade decorre ou de fatores econômicos [falta de patrimônio para financiar a perícia médica] ou da complexidade do fato a ser investigado. [...] A efetividade de um processo civil, aberto para realizar justiça, termina frustrada, por esses obstáculos, e a inversão do ônus da prova representa uma saída para essa crise de justiça concreta que compromete a função básica da prestação de serviços judiciários.

A técnica da inversão da carga probatória transfere ao médico o ônus de confirmar que o resultado [realmente danoso, um fato que se tem como notório – artigo 334, I, do CPC, para o processo civil], ocorreu devido às circunstâncias previstas ou imprevistas do tratamento médico aplicado ao caso clínico da paciente e não por culpa verificada no desempenho do serviço. [...]

A inversão do ônus da prova, em casos de ruptura completa ou total destruição da base do negócio [contrato de prestação de serviços], justifica-se pela influência do resultado oposto do acordo de vontades. No caso de uma paciente apresentar-se tetraplégica, como na hipótese examinada pela Terceira Câmara de Direito Privado (Agin. 099.305.4/6, Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, in Boletim AASP 2106, p. 980-j e RF 348/317), ou em outras situações próximas da indigência completa, pelo fim do contrato de meios, passa a ser juridicamente possível esquecer-se de que existiu um contrato de meios [já destruído ou sem chances de sobrevida] e encarar a questão do proveito da ação de responsabilidade civil pelo sentido democrático da jurisdição. As partes, ex-contratantes, não estão mais na mesma posição para um embate justo ou leal no Judiciário. O fim do contrato trouxe uma desproporção que desequilibra o sentido da relação processual e isso faz com que o médico, invulnerável até então, continue desfrutando de um poder contratual que não mais se justifica¹³⁴.

¹³³ Ibid. p. 366.

¹³⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. COAD. **Seleções Jurídicas**. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. Publicado em dezembro de 2003. p. 17 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. p.336.

Para Aguiar Dias:

Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas:

a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; e

b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico, que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato¹³⁵.

Ocorre que na obra de Aguiar Dias [Da responsabilidade civil, XI edição revista, atualizada e aumentada por Rui Berford Dias] houve por bem alterar o entendimento sobre a inversão do *onus probandi* em responsabilidade médica em razão do articulista suso mencionado, conforme a transcrição a seguir:

Nota do atualizador – Entendíamos que a lição de Sérgio Cavaliere e de outros notáveis autores que opinaram nesse sentido não poderia se aceitar, porquanto nos parecia encerrar verdadeira contradição em termos: ou a responsabilidade do médico era subjetiva e com culpa comprovada, e, nesse caso, o art. 14, § 4º deveria ter sua eficácia plena respeitada, como verdadeira exceção à garantia genérica estabelecida no CDC em benefício do consumidor, ou esse artigo não era na verdade uma exceção, já que a solução da inversão do ônus da prova transformava aquela responsabilidade subjetiva, e com culpa provada, num caso de culpa presumida onde o legislador não a tinha expressamente previsto. Além disso, a hipossuficiência, econômica ou técnica, do consumidor bem poderia ser resolvida pela garantia de que lhe seria facultada a produção de prova pericial sem nenhum ônus para ele. O que não nos parecia adequado era transferir ao médico o ônus da prova, que no seu caso assumia a natureza de prova negativa. Se, como dizem a doutrina e a jurisprudência em sua quase unanimidade, não cabe aos tribunais examinar se o médico afastou-se das regras de sua profissão, mas indagar se da parte do médico houve imprudência, negligência ou imperícia, notória e manifesta, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissão, a solução deveria ser, ainda, a perícia, a que ambos os lados, médico e paciente/consumidor, teriam acesso, sendo desnecessária – e injusta – a inversão do ônus da prova. O texto do

¹³⁵ Op. cit. p. 334.

eminente desembargador Ênio Zuliani, acima transcrito, nos fez mudar de posição¹³⁶.

Deste modo, a responsabilidade médica tem caráter subjetivo, ou seja, será atribuída mediante a verificação de culpa; e diante da obrigação de meio assumida pelo médico, cabe à vítima [regra geral] provar que o mesmo agiu de forma imprudente, negligente ou imperita.

Contudo, o entendimento majoritário é o de que a inversão do ônus da prova é cabível também quando se trata da responsabilidade subjetiva, pois o Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer distinção entre os tipos de responsabilidade ao dispor sobre a matéria.

Sobre o entendimento, vale citar o entendimento de Venosa:

Essa inversão do ônus probatório independe da posição do consumidor, quer no pólo ativo, que no pólo passivo da lide consumerista. Na esfera da responsabilidade médica, a inversão do ônus mais se justifica, porque mais difícil para o destinatário final do serviço médico a prova do defeito em seu fornecimento.

[...] Como ressaltado, embora o Código de Defesa do Consumidor estabeleça a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, tais como médicos, engenheiros, advogados, administradores, consultores, economistas, a eles serão empregados sem dúvida os demais princípios da lei do consumidor¹³⁷: “*não se excepciona a aplicação dos demais princípios do Código em relação a esta categoria, como por exemplo a inversão do ônus da prova, a proteção contratual etc*”¹³⁸.

Nesse sentido é o aresto extraído da recente jurisprudência do Egrégio TJRJ:

2008.002.32159 - AGRAVO DE INSTRUMENTO –
DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 28/10/2008 -
NONA CAMARA CIVEL

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA AGRAVADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA PERICIAL QUE DEVE SER CUSTEADA

¹³⁶ Ibid. nota nº 484. p. 335.

¹³⁷ VENOSA. Op. cit. p. 151.

¹³⁸ ALVIM, Arruda et al. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2ed. São Paulo: RT, 1995, p.139 *apud* VENOSA. Loc. cit.

PELA RÉ, NA MEDIDA EM QUE APENAS ESTA A REQUEREU. ART. 33 DO CPC. - A demanda indenizatória foi dirigida contra o hospital que prestou o serviço, que responde objetivamente com base na teoria do risco do empreendimento, bem como em razão do disposto no artigos 932, III e 933 do Código Civil, que estabelecem que os empregadores respondem pelos atos de seus prepostos, independentemente de culpa.- **Correta a inversão do ônus da prova, visto que caracterizada está a hipossuficiência técnica da parte autora, que se encontra em situação de inferioridade em relação à ré, por ser pessoa que não dispõe de conhecimentos técnicos especializados no âmbito da ciência médica, a que se relaciona a causa de pedir. Por outro lado, a ré é empresa que atua prestando serviços médicos e hospitalares e tem em seu poder toda a documentação relativa à doença apresentada pela autora e aos procedimentos médicos adotados com vistas ao restabelecimento de sua saúde.-** Agiu com acerto o Magistrado singular ao impor à agravante a responsabilidade pelo pagamento da perícia médica, na medida em que apenas a ré requereu a realização de prova pericial, Consoante o art. 33 do CPC, a remuneração do perito será recolhida pela parte que houver requerido a realização do exame. **MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.**

(Agravado de Instrumento nº **2008.002.32159** – 9º Câmara Cível – DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA – D.O. 04.11.2008).

2.2.4 O contrato médico e a cláusula de não-indenizar

Primordialmente, a cláusula de não indenizar consiste numa “transação sobre os riscos nos casos em que não há expressa vedação legal. A parte a quem normalmente caberia assumir o risco contratual transfere-o à parte a quem o risco não prejudicaria”¹³⁹.

Também denominada por alguns autores de *cláusula exonerativa de responsabilidade* ou, ainda, *cláusula de irresponsabilidade*. Entretanto, para o insigne mestre Cavalieri:

A cláusula não exime da responsabilidade, não afasta o dever de indenizar, nem elide a obrigação; afasta, apenas, a indenização, a reparação do dano [...]

¹³⁹ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 216 *apud* CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 505.

Pois bem, a cláusula em exame não suprime o dever primário (obrigação), nem o dever secundário (responsabilidade) conseqüente à violação do primeiro. Se assim não fosse, nem seria possível falar em responsabilidade. Ela apenas afasta a indenização, a reparação, o ressarcimento do dano, ou, em outras palavras, as normais conseqüências da inexecução de uma obrigação. Daí entendermos que a melhor denominação é aquela consagrada pelo insigne Aguiar Dias, em sua notável monografia sobre o tema: *cláusula de não indenizar*, e não cláusula de irresponsabilidade, ou, ainda, exonerativa de responsabilidade (*Cláusula de não indenizar*, 4º Ed., Forense, p. 38)¹⁴⁰. (grifos do autor)

Cumpra esclarecer a distinção entre *causa de irresponsabilidade* e *cláusula de não indenizar*. Esta afasta apenas a indenização, enquanto aquela exclui a responsabilidade, que independe da vontade das partes; somente a lei pode excepcionar a responsabilidade do agente em determinadas situações¹⁴¹.

José de Aguiar Dias, discorrendo sobre o tema, afirma que:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as conseqüências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.

Não se admite, *em princípio*, cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual. Seu campo de atuação é o da responsabilidade contratual e nele mesmo sofre restrições.¹⁴² (grifo nosso)

Para o ilustre Cavaliere, todavia:

Uma vez assentado que a cláusula de não indenizar é uma estipulação ou ajuste de uma avença, uma cláusula acessória de um contrato destinada a afastar as normais conseqüências da inexecução, torna-se intuitivo que o seu campo de incidência está limitado à responsabilidade contratual. A cláusula é inadmissível na responsabilidade extracontratual porque, ali, as partes nada contratam. Ademais, os princípios da responsabilidade delitual são de ordem pública, [...] não podendo ser afastados por disposição das partes.

¹⁴⁰ Op. cit. p. 497-498.

¹⁴¹ Loc. cit.

¹⁴² DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 906.

[...]Com efeito,não está nas mãos dos contratantes convencionar que a imprudência não é imprudência, que a imperícia não e imperícia, ou que a negligência não é negligência¹⁴³.

Nos dias de hoje, tem-se tornado freqüente em alguns tratamentos médicos, sobretudo nas intervenções cirúrgicas, a inclusão de cláusula de não-indenizar ou de irresponsabilidade ¹⁴⁴. É avença prévia com escopo de afastar a indenização por eventuais danos que possam a vir ocorrer ao paciente ao longo do tratamento médico; se houver a inexecução do contrato ou a execução indevida, ao escúlapio lhe será garantido abster-se de reparar o dano.

No âmbito penal, segundo Miguel Kfouri Neto tais cláusulas não têm nenhuma validade, pois “o *jus puniendi* do Estado é exercido haja ou não interesse do particular”¹⁴⁵.

Adiante, o mesmo autor levanta a seguinte indagação:

seria válido que o médico e paciente estabelecessem pacto e que este, antes de iniciado o tratamento, renunciasse a exercitar qualquer ação de responsabilidade? A mesma indagação surgiria (...) quando se pretendesse apenas limitar o alcance de possível indenização¹⁴⁶.

Respondendo a indagação, Kfouri Neto trouxe à baila a lição de José de Aguiar Dias, em sua notável obra específica sobre o assunto, onde o mesmo afirma que:

o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da ciência médica. Portanto, onde se poderia convencioná-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano¹⁴⁷.

Para Aguiar Dias:

O direito que a lei confere tão-somente em contemplação do interesse privado pode ser afastado pela convenção de irresponsabilidade. Isso não pode acontecer, entretanto, com as normas que visam à proteção da ordem pública e dos bons costumes, porque as convenções particulares não as podem deixar sem efeito¹⁴⁸.

¹⁴³ Op. cit. p. 500.

¹⁴⁴ KFOURI NETO. Op. cit. p. 100.

¹⁴⁵ Loc. cit.

¹⁴⁶ Loc. cit.

¹⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 237 *apud* KFOURI Neto. Loc. cit.

¹⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 906.

O direito pátrio não simpatiza com a cláusula de não indenizar¹⁴⁹. Tem sido admitido no Brasil e em outros países de forma mitigada, com base no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar¹⁵⁰.

Embora admissível a cláusula de não indenizar, é considerada ilícita quando: a) visa afastar norma de ordem pública ou os bons costumes; b) exonera de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave; c) afasta qualquer dos elementos essenciais do contrato; e d) limitada por imposição legal.

Insta esclarecer, que diante da ótica da relação de consumo, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, limitou-se ainda mais o campo de incidência da cláusula de não indenizar, afastando-a das relações de consumo¹⁵¹, *in verbis*:

Art. 24 - A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25 - É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

[...]

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonorem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos [...]¹⁵².

No que tange ao contrato médico, resta claro que a referida cláusula não possui qualquer validade, ainda mais se levado em consideração os preceitos de ordem pública que estão presentes na relação entre o médico e paciente. Com efeito, sendo dever do médico zelar pela saúde e integridade física de seus pacientes e tendo em vista que o direito à incolumidade é irrenunciável, não há que se cogitar acerca da validade das cláusulas de não-indenizar, pois contrárias as normas aplicadas à espécie.

¹⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 907; e CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 505.

¹⁵⁰ CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 499.

¹⁵¹ Ibid. p. 505.

¹⁵² BRASIL. Código de Proteção ao Consumidor. Lei. nº 8.078, de 11 set. 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de set. 1990.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 14 de nov. 2008.

2.2.5 Obrigações implícitas no contrato médico

Há obrigações impostas aos médicos implícitas no contrato médico, quais sejam: *a)* conselhos; *b)* cuidados; *c)* obtenção de consentimento; *d)* abstenção de abuso ou desvio de poder; e *e)* dever de sigilo¹⁵³.

Para Savatier, citado por Aguiar Dias, “essas obrigações são também formuladas em sentido negativo, considerando-se como faltas graves”¹⁵⁴.

2.2.5.1 *Dever de conselho*

Responde o médico por infração do dever de conselho quando omite ao paciente ou a pessoa que dele cuida acerca das precauções essenciais requeridas pelo seu estágio. Quanto maior o risco da intervenção, tanto mais necessária será a advertência do profissional¹⁵⁵.

Deve o esculápio esclarecer quais são as vantagens e desvantagens da intervenção, os riscos de uma internação, as técnicas adotadas para o procedimento, o período recomendado para realizá-la, deve, outrossim, informar, os cuidados com o pré-operatório e o pós-operatório, os custos do tratamento, tudo em linguagem clara que o paciente entenda.

O dever que o médico possui, de informar ao paciente ou aos seus familiares todos os passos do tratamento, está inserido no art. 59 do Código de Ética Médica, que dispõe que

¹⁵³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 337

¹⁵⁴ Op. cit. t. 2, nº 780, p. 397 *apud* Loc. cit.

¹⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 337

é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”¹⁵⁶.

Território litigioso na doutrina é que: se ao médico lhe é imposto nada ocultar ao paciente, quanto aos riscos do tratamento ou da intervenção, por outro lado, o profissional deve sopesar o estado psíquico do cliente; ademais, por vezes, nem é possível em razão do desconhecimento técnico do paciente, ministrar-lhe tais instruções ¹⁵⁷.

Savatier indica a melhor solução:

O médico não deve jamais tratar o doente senão como um ser humano com um princípio de razão e liberdade. A ausência de pormenores técnicos não impede mostre sumariamente os riscos do tratamento aconselhado; a necessidade de salvaguardar o moral não deve ser superestimada em relação ao direito de saber para onde o conduzem. Em todo o caso, se considerações de ordem moral impedem de o instruir cabalmente, o médico deve a verdade completa aos membros da família com autoridade sobre o doente ¹⁵⁸.

2.2.5.2 *Dever de cuidado*

Configura-se abandono e, conseqüentemente, infração do médico, a falta ao dever de cuidar do profissional que desatende um chamado do paciente ou negligencia as visitas, mesmo diante da necessidade ditada pela moléstia ou quando acordado entre as partes¹⁵⁹.

Não há abandono quando o esculápio se faz substituir por outro *expert*, em razão de excesso de trabalho profissional. Entretanto, haverá abandono, se na substituição o médico assistente procede com negligência, enviando ao paciente que necessita de médico

¹⁵⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução nº 1.246, de 8 de jan. 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de jan. de 1988. Disponível em < http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=2940>. Acesso em 18.11.2008.

¹⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 337.

¹⁵⁸ Op. cit. t. 3, nº 782, p. 398 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 337-338.

¹⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 338.

gabaritado o profissional bisonho, de pouca prática ou reconhecido como menos hábil. O médico assistente responde sempre pela má escolha¹⁶⁰.

Tratando-se de primeiro chamado de doente não paciente [quando não for seu cliente habitual], o médico que se faz substituir por outro colega que julga capaz de atender ao cliente, somente indica um profissional, não ensejando, via de regra, responsabilidade. Exceto quando se tratar de erro grosseiro¹⁶¹.

Para o insigne Aguiar Dias:

É iniludível a responsabilidade contratual do médico, quando o doente capaz de, por seu estado mórbido, causar dano a si mesmo, venha a sofrê-lo em virtude de infração ao dever de vigilância, por parte daquele¹⁶².

Adiante:

O médico pode, sem nenhuma dúvida, recusar seus serviços, não ao cliente, mas ao doente que o manda chamar. A questão entra, neste ponto, no campo da ética profissional, que indica em que situações é possível a recusa. Mas, ainda com infração da moral profissional, a recusa não acarretará responsabilidade senão quando definidamente maliciosa, ou seja, quando injusta e aberrante dos deveres de humanidade, questão de fato a ser apreciada pelo juiz¹⁶³.

2.2.5.3 *Obtenção do consentimento*

Segundo o mestre Aguiar Dias, o consentimento prévio do doente será sempre necessário quando: “a) nas operações cirúrgicas; b) na anestesia; c) na inoculação de vírus ou sêrum; d) no tratamento ou na investigação por meio de eletricidade ou radiologia; e) de modo geral, em tudo quanto possa oferecer perigo real mais ou menos certo”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Loc. cit.

¹⁶¹ Ibid. p 339.

¹⁶² Loc. cit.

¹⁶³ Loc. cit.

¹⁶⁴ Ibid. p 341.

De seu turno, não será exigido em alguns casos, quando importaria em verdadeiro abandono, diante da impossibilidade de manifestação da vontade livre do paciente. Por exemplo:

a) quando se trata de alienado ou de menor: o consentimento não pode ser obtido deles, mas sim das pessoas sob cuja guarda estejam; *b)* quando a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, em face do estado de necessidade ou de situação de perigo; se é possível obter o consentimento dos parentes da pessoa em iminente perigo de vida, é claro que o médico não agirá sem o haver obtido; *c)* quando em face do propósito suicida do paciente: o médico não poderia, decerto, ater-se à consideração da vontade de quem manifesta claramente não a possuir, intentando um gesto que se considera como revelador de perturbação mental¹⁶⁵.

O sempre citado Cavalieri, por sua vez:

A falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento¹⁶⁶.

Ao submeter o paciente a um tratamento arriscado ou a uma operação, deve o médico obter a aquiescência livre e clara daquele¹⁶⁷, após a exposição dos riscos, perigos e consequências do procedimento. Trata-se de direito à informação do paciente e dever do médico – art. 6º, III, do CDC e art. 15 do Código Civil.

Embora o médico não responda pelo risco inerente à atividade exercida, poderá, eventualmente, responder se deixar de informar ao paciente acerca das consequências possíveis do tratamento ou intervenção a que será submetido. Somente o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. Caberá ao profissional o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar¹⁶⁸.

Mesma sorte é aplicável à cirurgia estética. Se ao paciente somente lhe é informado sobre os resultados positivos, sem, contudo, se advertido dos possíveis efeitos negativos, eis aí descumprimento do dever de informar, que encerra a responsabilidade médica¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ibid. p 341 e 342.

¹⁶⁶ Op. cit. p. 367

¹⁶⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 340.

¹⁶⁸ CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 368.

¹⁶⁹ Loc. cit.

Assim como o médico possui deveres perante seu paciente, este também possui deveres perante o médico.

O paciente quando procura um profissional a fim de se submeter a um tratamento clínico ou cirúrgico, tem por obrigação responder aos questionamentos feitos pelo médico [informações necessárias para um correto diagnóstico].

Essa fase inicial em qualquer tratamento é de suma importância, pois a mínima omissão ou inverdade dita pelo paciente pode causar problemas futuros, que poderiam ter sido evitados, se as informações prestadas correspondessem à verdade absoluta.

Outro dever inerente ao paciente é a de seguir as recomendações prescritas. O médico não será responsabilizado pelo insucesso de um tratamento ou cirurgia, em razão do cliente não ter seguido suas recomendações.

2.2.5.4 *Abstenção de abuso ou desvio de poder*

É defeso ao médico tentar experiências médicas sobre o corpo humano, exceto sob a necessidade de enfrentar o mal que ameaça perigosamente o paciente¹⁷⁰. “A experiência leviana, que transforme o doente em cobaia não pode ser tolerada, o que não importa, todavia, em entrar a liberdade do profissional que ouse tentar novos métodos científicos”¹⁷¹.

Incorre em responsabilidade o médico quando não requisita a presença de especialista [a pedido do doente ou da família]. O mesmo acontece quando o médico assistente se recusa a adotar indicações do especialista convocado a participar da assistência [salvo se fundado em bons motivos e permitido pelo enfermo ou sua família, seguir ou desprezar o parecer do especialista]. Não há culpa no simples fato do médico não ter

¹⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 343.

¹⁷¹ LUTZ, Guálter. **Erros e acidentes em odontologia**. p. 20 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 343.

consultado especialista, se a família e ou o doente não solicitou [exceto quando a moléstia claramente indique tal necessidade]¹⁷².

2.2.5.5 Dever de sigilo

O Código de Ética Médica, em seu capítulo IX, art. 102, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente¹⁷³.

A Constituição Federal, no art. 5º, XIV, protege o sigilo profissional, *in verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”¹⁷⁴.

Para Kfourri Neto: “Mesmo que se extinga a relação médico-paciente, perdurará o dever de sigilo. [...] O segredo médico é um dever profissional. O fundamento do segredo é deontológico”¹⁷⁵.

Sobre o assunto, assim se posiciona Cavalieri:

[...] o médico tem o dever ético e legal de guardar segredo sobre fatos de que se tenha tomado conhecimento no exercício de sua atividade profissional (Lei nº 3.269/1957 [sic], Código de Ética Médica, art. 34; e Código Penal, art. 154). A violação desse segredo, quando não acarreta também danos materiais, ofende o direito à intimidade, um dos sagrados direitos da personalidade¹⁷⁶.

Adiante, expõe sobre as exceções à regra geral:

¹⁷² SAVATIER. Op. cit. t. 2. nº 788. p. 406 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p 343 e 344.

¹⁷³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução nº 1.246, de 8 de jan. 1988.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de jan. de 1988.

Disponível em < http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=2940>.

Acesso em 18.11.2008.

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de out. 1988.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 18 de nov. 2008.

¹⁷⁵ KFOURI Neto. Op. cit. p. 192 e 194.

¹⁷⁶ Op. cit. p. 366.

Não se trata, é verdade, de sigilo absoluto, porquanto em situações especiais pode o médico ser levado a quebrá-lo, mormente quando estiver em jogo outro interesse relevante – salvar a vida do próprio paciente ou de outra pessoa a ele ligada; notificar a doença infecto-contagiosa; apurar o fato delituoso; realização de perícias médico-legais e outras requisições da justiça. Mesmo nesses casos a revelação deve circunscrever-se ao limite do estritamente necessário¹⁷⁷.

Deste modo, toda informação obtida do paciente ou apurada no exercício da atividade médica, deve ser mantida na esfera da relação médico-paciente, do contrário, incorrerá o profissional em violação do sigilo profissional, indispensável à vida em sociedade e passível de reparação.

2.2.6 A análise do erro médico

A Culpa e o erro profissional não têm a mesma acepção. Para o mestre Cavalieri:

Há *erro profissional* quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta técnica é incorreta. A culpa médica 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. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto¹⁷⁸. (grifo do autor)

Sob a inspiração de Soudart [Traité de la responsabilité, v.2, p. 276], Carvalho Santos enfatiza que não considera erro profissional o resultado da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, advertindo:

os Tribunais não têm o direito de examinar, [...] se o médico afastou-se das regras de sua profissão, abordando a questão de ordem científica, de apreciação e de prática médica, não lhes sendo lícito, tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir. As questões puramente técnicas escapam à sua competência e devem se limitar a indagar-se, da parte do médico, se houve imprudência,

¹⁷⁷ Loc. cit.

¹⁷⁸ Ibid. p. 362.

negligência ou imperícia, notória e manifesta, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissão¹⁷⁹

Entretanto, sobre o pensamento acima mencionado, Aguiar Dias afirma:

[...] parece-nos, *data venia*, excessiva a afirmação, baseada em Soudart, de que ao juiz não é lícito entrar na apuração dos meios empregados pelo médico no tratamento. Sem dúvida que não o pode fazer baseado apenas em seu conhecimento, que se presume não ser especializado no plano da medicina. Mas pode bem entrar nessa apreciação, se encontra em lições de especialistas a base firme para decidir¹⁸⁰. (grifo do autor)

De seu turno, o venerando mestre Nélon Hungria ensina:

Na Idade Média, penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes imputava-se como culpa o que era apenas atestado de precariedade da arte de curar.

Foi Montesquieu quem iniciou uma nova corrente de idéias no sentido de afastar sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmocles da sanção penal

Desde então começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática [...].

O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto¹⁸¹.

O erro é o preço que o ser humano paga por pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões; o médico erra porque é uma pessoa¹⁸².

A questão da análise do erro médico é, sem dúvida, enfrentada com grande dificuldade em nossos tribunais, haja vista ser difícil conceituar o que seria o erro médico, bem como prová-lo.

Kfoury Neto leciona:

Nessas demandas indenizatórias, os advogados dos autores pintam com tintas carregadas as evidências da má prática jurídica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional, em momento nenhum, afastou-se dos cânones que a ciência médica estabelece para o procedimento questionado.

¹⁷⁹ SANTOS, M. I. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 7ªed. v. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 260-261 *apud* Cavalieri Filho. Op. cit. p. 362.

¹⁸⁰ DIAS, José de Aguiar Dias. Op. cit. p. 383.

¹⁸¹ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. p. 186 *apud* Cavalieri Filho. Op. cit. p. 363.

¹⁸² CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 363.

O julgador deve, nesses casos, abandonar o dogmatismo probatório e se deixar guiar por maior percentual de senso comum [...].

Em síntese, deverá – conforme o caso – sobrepor-se aos laudos periciais, escoimando-os do ranço classista e decidir, até, contra eles¹⁸³.

Amparado em Adrien Pommeroi, Aguiar Dias aduz:

O estudo da jurisprudência de um século na França revelou a extrema prudência e circunspeção com que os juízes apreciam a responsabilidade médica. Não hesitam, é certo, em face dos casos de erro comum, como negligência, imprudência ou omissão. Quando, entretanto, a espécie envolve o exame da diretriz seguida pelo médico, do valor terapêutico ou da oportunidade da medicação ministrada ao doente ou da operação levada a efeito, crescem as dificuldades enfrentadas pelos tribunais que, assim, pendem para a solução mais fácil, isto é, a irresponsabilidade. É em reação a essa timidez que se sustenta, energicamente – com o perigo, entretanto, de ir ao extremo oposto – que o médico deve responder por todo e qualquer erro, praticado ou não da boa-fé ou por mera ignorância da normas essenciais da arte, por inabilidade ou imperícia, deixando de prevenir ou remediar acidente evitável, grave ou leve¹⁸⁴.

Assim, para que se configure o erro médico, há que se observar se o ato foi realizado de acordo com as condutas recomendáveis pela literatura profissional, ou seja, se a técnica utilizada foi semelhante à preconizada nos compêndios e se não houve transgressão de normas técnicas. Enfim, deve-se observar se um médico prudente agiria da mesma forma, atuando nas mesmas condições externas.

Há que se considerar ainda, que o erro médico pode ser escusável ou não, podendo, respectivamente, isentar ou gerar responsabilidade ao médico.

2.2.6.1 *Erro de técnica*

O erro de técnica é apreciado com prudente reserva nos tribunais. Conforme anteriormente visto, não deve e nem pode o magistrado adentrar no mérito técnico quanto

¹⁸³ Op. cit. p. 85 e 87.

¹⁸⁴ POMMEROI, Adrien. **La responsabilité médicale devant les tribunaux**. Lille-Paris, 1932 apud Dias, José de Aguiar. Op. cit. p. 351.

aos métodos científicos utilizados pelo profissional, que por sua natureza, sejam de difícil apreciação¹⁸⁵.

Configura-se o erro de técnica de acordo com certas normas, que exigem: a) desprezo ou desconhecimento dos seus deveres, na conduta do médico; b) além de certa, que a culpa no seu procedimento seja grave¹⁸⁶.

Aguiar Dias anota [observando que essa doutrina vem sendo abandonada, por princípios mais exatos]:

Os autores, aplaudindo a jurisprudência, justificam essa orientação, salientando que é de interesse geral, inclusive do próprio cliente, que o médico, por temor de excessiva severidade na apreciação de sua responsabilidade, não se veja tolhido, paralisado. Se essa tolerância é uma imposição do interesse geral e da liberdade profissional, também não há de ser exagerada a ponto de cobrir as faltas que exorbitem do limite aconselhado por aquelas considerações¹⁸⁷.

2.2.6.2 *Erro de diagnóstico*

Na seara do erro de diagnóstico se constitui em exceção o reconhecimento da culpa profissional. Kfoury Neto aduz que:

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade média. [...] Condições pessoais do próprio paciente também podem determinar tais erros¹⁸⁸.

O Prof. José Clavet de Magalhães, inicialmente, em relação ao erro de diagnóstico, adverte que “[...] a questão é bastante delicada, se não a mais delicada da responsabilidade

¹⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 353.

¹⁸⁶ Loc.cit.

¹⁸⁷ SAVATIER. Op. cit. t. 2, nº 790; LALOU. Op. cit., nº 426 e segs, ps. 234 e segs.; MAZEAUD et MAZEAUD. Op. cit., nº 148, p. 188; LUTZ, p. 50 e segs.; CARVALHO SANTOS, ps. 247 e segs *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 353.

¹⁸⁸ Op. cit. p. 87.

dos médicos”¹⁸⁹. A seguir, o eminente professor aconselha “indulgência na apreciação dos inúmeros erros provenientes do caráter profundamente conjectural da Medicina, sobretudo no que se refere à diagnose”¹⁹⁰.

Para Costales, nos dizeres de Kfouri Neto:

Diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações [coleta de dados e sua interpretação], na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente. [...]

Caracteriza-se [erro de diagnóstico] pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro¹⁹¹. [inserções nossas]

No mesmo sentido é a observação de Aguiar Dias: “Se o erro do diagnóstico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica, não induz a responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo”¹⁹².

De seu turno, Kfouri Neto pondera:

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. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado. Por isso, a doutrina, de um modo geral, analisa detidamente tal questão

[...] Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado¹⁹³.

Sem dúvida, o diagnóstico é que determina qual procedimento médico será adotado, sendo, portanto, de suma importância e intensa subjetividade, pois a mesma doença pode se manifestar de formas distintas em pessoas diferentes.

¹⁸⁹ MAGALHÃES, José Clavet de. Monografia. **A responsabilidade penal do médico**. 1946. p. 135 *apud* Cavalieri Filho. Op. cit. p. 363.

¹⁹⁰ Ibid. 142 *apud* Loc. cit.

¹⁹¹ COSTALES, J. Fernandez. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid, 1987. p. 115 e segs. e p. 172 *apud* KFOURI Neto. Op. cit. p. 87.

¹⁹² SAVATIER. Op. cit. t. 2, nº 790; LALOU. Op. cit., nº 426 e segs, ps. 234 e segs.; LUTZ, p. 50 e segs. *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 354.

¹⁹³ Op. cit. p. 87 e 88.

Passada a fase do diagnóstico, inicia-se o tratamento, oportunidade na qual o médico irá utilizar-se de todos os meios disponíveis para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor do paciente¹⁹⁴.

Deve o profissional estar atento aos cuidados com o paciente e suas reações, pois é nesse momento que o profissional começa a trabalhar junto ao corpo humano, que como já dito anteriormente, reage de diversas maneiras, tanto positivas como negativas.

Para Aguiar Dias: “É no tratamento, naturalmente, que ocorrem os casos mais numerosos de responsabilidade, por ser a mais larga oportunidade do exercício da medicina aos erros e procedimentos contrários às regras da profissão”¹⁹⁵.

O erro médico na fase do tratamento pode se manifestar de forma direta, como por exemplo, a conduta errônea na execução de um ato cirúrgico, e de forma indireta, como é o caso das reações negativas, advindas de medicamentos prescritos pelo médico.

Uma vez detectado o erro profissional, seja de diagnóstico ou no tratamento, e se o mesmo acarretou ao paciente alguma espécie de dano, a responsabilidade civil torna-se presente, cabendo ao paciente ou aos seus familiares, se for o caso, pleitear judicialmente a reparação que o direito lhes assegura.

Nesse sentido é o acórdão emanado pelo egrégio TJRJ:

2008.001.37223 - APELACAO DES. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO
- Julgamento: 04/08/2008 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO DE FORMA EMPRESARIAL (ART. 14, CODECON). INDENIZAÇÃO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADO, INEXISTINDO QUALQUER EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. Quase sempre, o erro de diagnóstico decorre de investigação mal realizada, marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador. Preposto do réu que não identifica, quando dos dois atendimentos realizados na autora, uma fratura na coluna sacra. Laudo pericial que conclui não ter havido o diagnóstico correto, embora o tratamento realizado fosse o indicado para o caso. Demora na identificação da fratura que causou sofrimento e angústia na autora, e que poderia ter levado a um desfecho mais sério, até mesmo com seqüelas. Falha na prestação do

¹⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 350.

¹⁹⁵ Loc. cit.

serviço caracterizada, a ensejar indenização. Dano moral in re ipsa. Precedentes jurisprudenciais. Artigo 557, §1º- A, do CPC. PROVIMENTO DO RECURSO PARA CONDENAR O RÉU A PAGAR À AUTORA/APELANTE A QUANTIA, A TÍTULO DE DANOS MORAIS, DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), CORRIGIDA MONETARIAMENTE A PARTIR DESTA DECISÃO E ACRESCIDA DOS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A CONTAR DA CITAÇÃO, COM INVERSÃO DOS ONUS SUCUMBENCIAIS.

(2008.001.37223 - APELACAO – 14º Câmara Cível – DES. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO – D.O. 07.08.2008).

2.2.6.3 *Erro de prognóstico*

O prognóstico confeccionado de forma imprudente, imperita ou negligente, revela o descuido exigível no atuar médico, incorrendo o profissional em responsabilidade civil.

Aguiar Dias ensina:

Pode, apesar de raro, apresentar-se o caso de responsabilidade médica derivada de erro de prognóstico. A norma que o profissional deve seguir é a de que o prognóstico, estando sujeito a imponderáveis de toda a sorte, exige maior soma de prudência e reflexão¹⁹⁶.

2.2.6.4 *Condutas simplesmente inapropriadas*

Genival Veloso da França enumera as seguintes condutas inapropriadas do médico: *a)* a falsa garantia de resultado; *b)* o preenchimento inadequado de prontuários; e *c)* a precária documentação dos procedimentos¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ibid. p. 354.

¹⁹⁷ *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 354.

2.2.6.5 A iatrogenia

A iatrogenia, no dizer do desembargador Ênio Zuliani, transcrito na obra de Aguiar Dias:

Caracteriza o estado de prejuízo causado por médico em pessoas sadias ou doentes; é definido como patologia terapêutica e, tal como muito bem observado pelo ilustre juiz Rui Stoco (RT 784/110), quando decorrente de comportamento doloso ou culposo do médico, conduz à responsabilização desses pelos danos¹⁹⁸.

Por sua vez, o des. Sylvio Capanema de Souza ensina que:

Agindo o profissional com perícia e prudência, utilizando-se das técnicas indicadas pela literatura médica para evitar danos ao paciente, e efetuando o procedimento mais indicado para o objetivo pretendido, não lhe deve ser atribuída qualquer responsabilidade pelas seqüelas que decorrem do procedimento utilizado, que se caracterizam como lesões iatrogênicas, que são lesões previsíveis porém inevitáveis, provocadas por um ato médico¹⁹⁹.

Há nas duas definições, visível antinomia, posto que na primeira, subentende-se ser possível a ocorrência de lesão iatrogênica em razão de comportamento culposo ou doloso do médico; ao revés, a segunda definição repele tal possibilidade, sendo a lesão iatrogênica previsível e inevitável, decorrente do atuar médico que inexoravelmente causa seqüela, mas que se mostra necessário diante do caso concreto e à falta de outro tratamento disponível²⁰⁰.

Na obra de Aguiar Dias, diante da aparente antinomia, retira-se:

A razão nos parece estar com o desembargador Sylvio Capanema: ou ocorre a lesão iatrogênica e, nesse caso, não se pode apontar culpa do médico em nenhuma de suas modalidades, ou a lesão iatrogênica não fica caracterizada, por ter decorrido a lesão de imperícia, imprudência ou negligência²⁰¹.

¹⁹⁸ ZULIANI, Ênio. ADV – **Seleções Jurídicas**, Dez/2003. p.19 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 355.

¹⁹⁹ *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 355.

²⁰⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 355.

²⁰¹ Loc. cit.

No mesmo sentido é a lição do desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho, que sobre o assunto aduz:

Daí concluir-se que em se tratando de lesão previsível – lesão iatrogênica -, já que é resultante do atuar médico de acordo com o iter procedimental, por afastada se tem a culpa médica, decorrente da imprudência, da negligência e da imperícia que, uma vez comprovadas, geram a reparação civil²⁰².

O insigne desembargador do TJRJ assim justifica:

Definida como lesão previsível ou seqüela do tratamento decorrente da invasão do corpo, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, é também identificada como meio necessário para a atuação médica.

A medicina moderna, ao conceituar a iatrogenia como todo o dano causado ao paciente pela ação médica ou males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detém e que seus pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da reparação terapêutica²⁰³.

2.2.7 As excludentes da responsabilidade civil médica

Como ninguém responde por um resultado que não tenha dado causa [regra geral], torna-se imperioso o estudo das causas de exclusão de nexos causal, ou causas de exclusão de responsabilidade. É que, por vezes, o agente quando chamado a responder por eventos a que aparentemente deu causa, constata-se que o dano adveio efetivamente de outra causa, ou uma circunstância o impedia de cumprir a obrigação a que estava vinculado. Se o comportamento devido não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado, afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*²⁰⁴.

²⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação civil nº 10.227/2006**. Relator: des. Maldonado de Carvalho. Sessão 29.03.2006. DOERJ do dia 10.04.2006

²⁰³ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 8 e 9 *apud* TJRJ. Apelação civil nº 10.227/2006. Relator: des. Maldonado de Carvalho. Sessão 29.03.2006. DOERJ do dia 10.04.2006

²⁰⁴ CAVALIERI FILHO. Op. cit. p. 63.

Para que surja a obrigação do médico em indenizar, sobretudo nas obrigações consideradas de meio, é necessária a demonstração de sua ação ou omissão culposas [*lato sensu*], o dano e o nexo de causalidade.

Assim como existem tais pressupostos ensejadores do dever de reparar o dano sofrido pela vítima, há outros que, se presentes no caso concreto, isentam o profissional de responsabilidade.

Para Cavalieri: “Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente”²⁰⁵.

As excludentes de responsabilidade civil médica são classificadas em: a) caso fortuito ou força maior; b) fato de terceiro e c) fato exclusivo da vítima.

O Código de Defesa do Consumidor admitiu as excludentes que rompam o nexo de causalidade, entre o serviço ou produto defeituoso e o dano. Os arts. 12, § 3º e 14, § 3º, do referido diploma legal exoneram a responsabilidade nas hipóteses em que inexista defeito na prestação do serviço, e ainda quando consiga o agente demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

As causas excludentes de responsabilidade agem sobre o nexo causal, rompendo a relação de causa e efeito entra a conduta do agente e o resultado danoso, de maneira a evitar a obrigação de indenizar a vítima²⁰⁶.

2.2.7.1 *Caso fortuito ou força maior*

No ordenamento jurídico pátrio, o caso fortuito e a força maior são tratados sem distinção, no art. 393 do Código Civil, que dispõe: “O devedor não responde pelos

²⁰⁵ Loc.cit.

²⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 936.

prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”²⁰⁷.

Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, sem, contudo, se chegar a uma conclusão uniforme; resta, porém, indiscutível que tanto um quanto o outro estão fora dos limites da culpa, pois se tratam de acontecimentos que escapam a toda diligência, inteiramente estranhos à vontade do devedor da obrigação²⁰⁸.

Seguindo o entendimento [da noção objetiva da força maior] defendido por Aguiar Dias²⁰⁹, Arnaldo Medeiros²¹⁰, Clovis Bevilacqua²¹¹, João Luís Alvel²¹², Carvalho de Mendonça (J. X.)²¹³, Lacerda Almeida²¹⁴, Tito Fulgêncio²¹⁵, Carvalho Santos²¹⁶, o Código Civil, no parágrafo único do supracitado artigo 393, praticamente os considera sinônimos, ao dispor: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”²¹⁷.

Sérgio Cavalieri Filho, observando a solução adotada, entretanto, pondera:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível²¹⁸. (grifos do autor)

Oportuna é a lição de Arnaldo Medeiros:

²⁰⁷ BRASIL. Código Civil. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de jan. 2002.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14.11.2008.

²⁰⁸ CAVALIERI FILHO. Op. cit. p. 65; DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 935 e 943.

²⁰⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 935.

²¹⁰ MEDEIROS, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio, 1943, nº 83 e segs. p. 115 e segs. *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 935.

²¹¹ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil Comentado**. vol. 4. . p. 216 *apud* Loc. cit.

²¹² ALVES, João Luís. **Código Civil Anotado**. p. 711 *apud* Loc. cit.

²¹³ MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. 6. parte 1º, nº 406 e 407 *apud* Loc. cit

²¹⁴ ALMEIDA, Lacerda de. **Efeitos das Obrigações**. p. 346 e segs. *apud* Loc. cit.

²¹⁵ FULGÊNCIO, Tito. Do Direito das Obrigações. **Manual do Código Civil**, vol. 10. p. 58 *apud* Loc. cit.

²¹⁶ SANTOS, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. vol. 14. p. 213 e segs. *apud* Loc. cit

²¹⁷ BRASIL. Código Civil. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de JAN. 2002.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14.11.2008.

²¹⁸ Op. cit. p. 65.

[...] não há acontecimentos que possam, **a priori**, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana²¹⁹. (grifo do autor)

Ao comentar a lição de Arnaldo Medeiros sobre o *thema*, segundo o qual a noção caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos; um interno, de caráter objetivo [inevitabilidade do evento], outro externo ou subjetivo [ausência de culpa], Aguiar Dias ilumina a questão, ao mesmo tempo em que demonstra discordar, especificamente nesse ponto, do insigne mestre:

O que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexos causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Esta noção atende melhor ao que se procura expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção[...].

Resumindo: a ausência de culpa não compõe a força maior. Ainda que esta se configure de fato, ela só pode ser invocada pelo devedor isento de culpa. Em caso de culpa do devedor, a este se transferem os riscos recorrentes da força maior. De forma que um mesmo fato da natureza será excludente da responsabilidade conforme esteja ou não o devedor em culpa ou isento dela²²⁰.

Assim, há de se notar que não tem como se estabelecer um critério para caracterização do caso fortuito e da força maior, é preciso apreciar o caso concreto, as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável, cerceando, assim, o nexos causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

2.2.7.2 Fato de terceiro

²¹⁹ MEDEIROS, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio, 1943. p. 147 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 936.

²²⁰ Op. cit. p. 936 e 943

Pela regra geral, a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima deve ser suportada pelo verdadeiro causador. Contudo, nem sempre o causador aparente do dano é o responsável pela superveniência do evento funesto²²¹.

O fato de terceiro, diz respeito à idéia de que, embora exista a atitude do agente e o dano, há também a intervenção do terceiro, que por vezes foi o exclusivo causador do evento danoso, pois sem ele o dano não teria ocorrido, afastando, assim o nexo de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima²²².

Entende a doutrina dominante que o fato de terceiro, somente exonera a obrigação de indenizar quando se equipara ao caso fortuito ou à força maior [fato imprevisível e inevitável], constituindo-se em causa estranha à conduta do autor aparente, rompendo, de igual maneira, o nexo de causalidade²²³.

Terceiro, deve ser alguém que não tenha nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado. José de Aguiar Dias faz importante incursão sobre os requisitos do fato de terceiro como excludente de responsabilidade, quando afirma que:

O fato de terceiro precisa, antes de mais nada, ser caracterizado. Isto se faz mediante a exigência destes pressupostos:

- a) causalidade: escusado dizer que, se não é causa do dano, nenhuma influência pode o fato de terceiro exercer no problema da responsabilidade;
- b) inimputabilidade: com efeito, se o fato danoso pode ser imputado ao devedor, fica fora de questão apurar em que medida terá influído, no resultado, o fato de terceiro, porque não foi este, mas aquele, o produtor do dano;
- c) qualidade: **terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável.** Ressalvem-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes, etc.) como no campo contratual (encarregados da execução de um contrato em geral), porque essas não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; quando não muito, algumas de tais pessoas podem ser consideradas terceiros para efeito do direito de regresso, mas esta matéria não influi nas relações entre a vítima e o responsável; (grifo nosso)
- d) identidade: o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação. Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor

²²¹ CAVALIERI FILHO. Op. cit. p. 64

²²² Loc. cit.

²²³ Ibid. p. 65; DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 926-927

caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isso não é condição essencial para tal configuração [...]; e

e) iliceidade: se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que indagar se é ou não lícito, para considerar-se como causa de isenção; se porém, concorre com o do responsável, este não pode alegá-lo senão quando seja culposo²²⁴.

Quanto à responsabilidade médica, podemos exemplificar com o caso do médico ginecologista que prescreve determinado remédio contraceptivo à paciente com vida sexual ativa, remédio este conhecido no mercado e que a mesma já havia utilizado sem ter qualquer complicação, e, no entanto, vem a engravidar. Posteriormente, foi noticiado que o laboratório errou na fabricação do remédio [retirou o princípio ativo substituindo-o por placebo], ocasionando gravidez indesejada em centenas de mulheres. Ora, o médico apesar de ter receitado o remédio que causou o dano à vítima, não pode ser responsabilizado pelo evento funesto, já que a conduta indevida causadora do dano, adveio da atitude de um terceiro, no caso o laboratório.

Este exemplo fictício demonstra, exatamente, a excludente de responsabilidade relacionada ao fato de terceiro, pois como dito anteriormente, o causador aparente não pode ser responsabilizado por atos cometidos por terceiros estranhos à relação.

A culpa exclusiva de terceiro foi também incluída pelo Código do Consumidor entre as causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor [arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II].

2.2.7.3 *Fato exclusivo da vítima*

²²⁴ Op. cit. p. 927-928.

A culpa exclusiva da vítima é, em verdade, causa de exclusão do próprio nexos de causalidade, sendo o agente, aparente causador direto do dano, mero instrumento do acidente²²⁵.

Como o próprio nome diz, quem dá causa ao evento danoso é a própria vítima, o causador aparente do dano é apenas um instrumento. A vítima acarreta para si o dano e suas conseqüências, inexistindo, portanto, o nexos de causalidade em relação ao aparentemente causador direto do dano, razão pela qual “não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade”²²⁶.

A boa técnica recomenda falar em ato ou fato exclusivo da vítima, em detrimento à culpa exclusiva da vítima. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexos causal, e não da culpa²²⁷.

Sergio Cavalieri Filho, discorrendo sobre o assunto, afirma que “para os fins de interrupção do nexos causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento”²²⁸.

Assim, o fato exclusivo da vítima só exime de responsabilidade quando ela for a única causadora do evento danoso, pois se houver concorrência de causas, caso em que tanto o autor do fato quanto a vítima colaboraram para a ocorrência do dano, cada um responderá pela parte que lhe cabe, não havendo a excludente de responsabilidade²²⁹.

Nesse sentido é o ensinamento do mestre Aguiar Dias:

Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um os ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas as partes. Se o problema não é outro que precisar o grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos. Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente excluiria, ou não a culpa do outro, então, o exame da matéria há de ser feito na ação. E, para nós, não pode obedecer a outro critério que não ao das autonomia das culpas. Se,

²²⁵ CAVALIERI FILHO. Op. cit. p. 64; RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 12º ed. São Paulo: Saraiva. p. 179; e MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 25º ed. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 279.

²²⁶ CAVALIERI FILHO. Op. cit. p. 64.

²²⁷ Loc. cit.

²²⁸ Loc. cit.

²²⁹ DIAS. José de Aguiar. Op. cit. p. 944.

embora culposo, o fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele, decerto, arcar com prejuízo nenhum²³⁰.

No campo da medicina, a excludente de responsabilidade por fato exclusivo da vítima é muito comum de ocorrer, pois como é sabido, os pacientes nem sempre seguem as diretrizes que o médico recomenda.

Como exemplo, se extrai o aresto emitido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ):

2002.001.18080 - APELACAO - DES. HENRIQUE MAGALHAES DE ALMEIDA - Julgamento: 23/06/2004 - DECIMA TERCEIRA CAMARA

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRACAO PUBLICA
RESPONSABILIDADE OBJETIVA
ERRO MEDICO
INOCORRENCIA
NEGADO PROVIMENTO

AÇÃO ORDINÁRIA. Responsabilidade civil da administração pública. No caso, municipal. Teoria da falta de serviço e responsabilidade objetiva. Excludente da culpa exclusiva da vítima. Se após a cirurgia é recomendado o tratamento fisioterápico, indispensável para a reabilitação funcional e o lesionado não se interessa por ele, o fato, ocorrido no pós-operatório, não pode ser atribuído a erro médico, sobretudo nas lesões que deixam seqüelas altamente previsíveis e ocorrentes. Sentença de improcedência. Recurso não provido.

(APELACAO nº **2002.001.18080** – 13º Câmara Cível – DES. HENRIQUE MAGALHAES DE ALMEIDA – D.O. 02.08.2004).

O Código de Defesa do Consumidor [arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II] incluiu expressamente a culpa exclusiva do consumidor [*rectius*; fato exclusivo do consumidor] entre as causas exonerativas de responsabilidade civil.

2.2.8 O risco do desenvolvimento

²³⁰ Ibid. p. 945.

Definido por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin como:

o risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível²³¹.

O risco do desenvolvimento não foi abordado na subseção anterior, que tratou das excludentes de responsabilidade civil médica, posto inexistir previsão normativa específica na legislação brasileira, sobre o instituto, como excludente de responsabilidade.

No entanto, parte da doutrina considera-o como tal, mesmo em ausência de dispositivo legal expresso.

Importa em saber a quem incumbe os ônus do progresso? Deve responder o fornecedor por esses riscos, ou deve o consumidor suportá-los?

A controvérsia é oportuna, posto que hodiernamente, com o avanço tecnológico, principalmente na ciência médica, serviços e produtos que outrora eram vanguarda, tornam-se obsoletos e ultrapassados, bem como, mostram-se danosos, eivados de falhas que até então eram desconhecidas em razão do conhecimento técnico-científico da época.

De forma clara, Cavalieri Filho, inicialmente, expõe a polêmica:

A questão é controvertida, havendo ponderáveis argumentos nos dois sentidos. Têm-se sustentado que, fazer o fornecedor responder pelos riscos de desenvolvimento, pode tornar-se insuportável para o setor produtivo da sociedade, a ponto de inviabilizar a pesquisa e o progresso científico-tecnológico, frustrando o lançamento de novos produtos. Sem conhecer esses riscos, o fabricante não teria como incluí-los nos seus custos e assim reparti-los com os seus consumidores.

Em contrapartida, seria extremamente injusto financiar o progresso às custas do consumidor individual, debitar na sua cota social de sacrifícios os enormes riscos do desenvolvimento. Isso importaria em retrocesso de 180 graus na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco – repartir o dano entre todos já que os benefícios do desenvolvimento são para todos. A fim de se preparar para essa nova realidade, o setor produtivo tem condições de se valer de mecanismos de preços e seguros – o consumidor não -, ainda que isso venha a se refletir no custo final do produto. Mas, se a inovação é benéfica ao consumo em geral, nada impede que todos tenhamos que pagar o preço do progresso²³².

²³¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 475.

²³² Op. cit. p. 476.

A seguir, sobre o *thema*, assevera: “Em nosso entender, os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno – risco integrante da atividade do fornecedor -, pelo que não exonerativo da sua responsabilidade”²³³.

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, o Código de Defesa do Consumidor não inclui os riscos do desenvolvimento entre as causas de isenção de responsabilidade. Segundo o insigne mestre [membro da comissão encarregada de elaborar o CDC], tais riscos são espécies do gênero *defeito de concepção*, advindos em razão, especificamente, da carência de informações científicas e tecnológicas à época da concepção, sobre os riscos inerentes à implantação de uma determinada tecnologia²³⁴.

Finalizando o seu entendimento, Cavalieri Filho ensina:

O risco do desenvolvimento diz respeito a um defeito de concepção, que, por sua vez, dá causa a um acidente de consumo por falta de segurança. Irrelevante saber, como já demonstrado, se esse defeito era ou não previsível e, conseqüentemente, evitável. Por ele responde o fornecedor independentemente de culpa²³⁵.

Cumprido esclarecer que o produto não é defeituoso pelo fato de existir outro de melhor qualidade no mercado, nem pela adoção de novas técnicas [CDC, arts. 12, § 2º, e 14, § 2º].

Portanto, o consumidor não deve suportar sozinho, eventual dano em razão dos riscos que um produto ou um serviço podem oferecer, mesmo que tardiamente, pois na condição de leigo e hipossuficiente, quanto às técnicas e métodos utilizados, não pode sustentar o peso de ter sobre si, o ônus do progresso, enquanto o produtor, que auferir lucro em função de sua atividade empresarial, seja isento de responsabilidade sob a escusa de risco do desenvolvimento.

2.2.9 O risco inerente do serviço

²³³ Loc. cit.

²³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Op. cit. p. 67 *apud* CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 475.

²³⁵ Op. cit. p. 476.

Entende-se por *risco inerente* ou *periculosidade latente* do serviço, aquele que, inexoravelmente, esteja ligado a uma periculosidade intrínseca normal e previsível; seja pela sua natureza, qualidade ou *modus operandi*. Representa riscos inevitáveis, ainda que se empregue toda técnica e segurança²³⁶.

Importa saber a quem incumbe suportar tal ônus. Herman Benjamim, um dos autores do Código do Consumidor, transcrito por Cavalieri Filho, elucidada:

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a norma geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às 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. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

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). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do Direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança.

Uma obrigação abrangente como a estampada no princípio geral da segurança dos bens de consumo há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato. O legislador busca, então, com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral. Daí que a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Esta é a consequência natural da periculosidade adquirida (e também exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores²³⁷.

²³⁶ Ibid. p. 375.

²³⁷ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. Op. cit. p 48 *apud* CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 156-157.

Fala-se em risco adquirido quando bens e serviços, em que pese não apresentarem riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mostram-se perigosos em razão de algum defeito²³⁸.

Normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, enquanto imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido²³⁹.

Quanto à prestação do serviço médico-hospitalar, cumpre trazer a lume a lição do mestre Cavaliéri:

Essa regra, como já salientado, é perfeitamente aplicável aos serviços médico-hospitalares e própria para resolver os mais intrincados problemas que nessa área possam surgir. Não respondem os médicos, nem os hospitais, pelos riscos inerentes à sua atividade porque em casos tais não haverá defeito no serviço. A cirurgia de uma pessoa idosa – ou mesmo de outros tipos de cirurgia ou tratamentos -, por si só representa riscos que não podem ser eliminados; são riscos normais e previsíveis que não decorrem de nenhum defeito. Desde de que devidamente informados ao paciente, não poderá ele, nem os seus parentes, responsabilizar o médico, nem o hospital pelo insucesso do tratamento. Médico e hospital só podem ser responsabilizados pelos riscos adquiridos, isto é, pelo defeito do serviço²⁴⁰.

Portanto, o risco inerente da atividade médico-hospitalar não encerra obrigação de indenizar, exceto quando falho o dever de informar acerca da periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo; só responde o fornecedor de serviços pelos danos advindos do risco adquirido.

Cumpre trazer à baila o seguinte acórdão do egrégio TJRJ:

2008.001.40592 - APELACAO - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 23/09/2008 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

Ementa. INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PARA RETIRADA DE MIOMA NO ÚTERO. PERFURAÇÃO DO INTESTINO. AUSÊNCIA DE DEFEITO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PROVA DE IMPERÍCIA. A discussão se centra sobre a responsabilidade civil médica e do hospital onde foi realizada cirurgia para retirada de um mioma existente no útero da Autora. Após o ato cirúrgico a mesma teve ser intestino perfurado, o que lhe causou a série de transtornos narrados na exordial. A responsabilidade civil do médico é contratual, de meio, subjetiva, enquanto que do estabelecimento hospitalar

²³⁸ CAVALIERI Filho. Op. cit. p. 156.

²³⁹ Ibid. p. 375.

²⁴⁰ Loc. cit.

será contratual objetiva, em caso preponderante. A sentença do juiz a quo, realmente, não resiste nem mesmo a uma análise perfunctória. S.Exa. rejeitou o laudo do seu perito com argumentos frágeis, apenas porque estava em confronto com o parecer de um médico contratado pela Autora. Li e reli o laudo do expert (fls. 425/453) e nada encontrei que possa retirar sua credibilidade. **É certo que houve perfuração do intestino da Autora, contudo, é necessário saber se a perfuração decorreu da imperícia da médica durante a cirurgia realizada nas dependências do hospital ou se foi uma consequência inerente aos riscos da própria operação. Prova pericial no sentido da ausência de culpa da médica que realizou o ato cirúrgico. [...] Inexiste defeito no serviço prestado. As provas dos autos dão conta que a rotura do intestino surgiu em virtude de problemas inerentes ao estado de saúde da Autora, e não por causa de imperícia médica.** Primeiro recurso provido, restando prejudicado o segundo, nos termos do voto do Desembargador Relator. (APELACAO nº 2008.001.40592 – 15ª Câmara Cível – DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 23/09/2008 – D.O. 26.09.2008).

CAPÍTULO III

1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

O presente capítulo visa demonstrar as peculiaridades inerentes às cirurgias plásticas, sobretudo as estéticas.

Os princípios gerais que regem a responsabilidade civil médica se aplicam, naturalmente, aos cirurgiões plásticos.

Hodiernamente, depois de ultrapassada a longa discussão sobre a licitude da cirurgia plástica, é consenso tratar-se de uma especialidade lícita e normal²⁴¹.

Aspecto eminentemente moderno da medicina é a cirurgia estética. Tal aplicação, contudo, não tem sido apreciada com muita complacência pelos tribunais, principalmente, quando posta a serviço da vaidade, na cirurgia estética *stricto sensu*²⁴².

Caio Mário da Silva Pereira ensina:

No meio-dia da vida, homens e mulheres, sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa ‘centros estéticos’, multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos.[...] É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo²⁴³.

²⁴¹ CAVALIERI Filho, Sergio. Op. cit. p. 369; DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 377; PERERIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 155-157 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 369; e SANTOS, M. I. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 21. p 268 e segs. *apud* CAVALIERI Filho, Sergio. Op. cit. p. 369.

²⁴² DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 373.

²⁴³ PEREIRA, Caio **Mário. Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 168-169 *apud* KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 176.

O tratadista Aguiar Dias sobre a importância da cirurgia estética, afirma:

Quanto ao objeto da intervenção estética, não é sempre que a vaidade ou o luxo a determina, pois é pura exigência da saúde pretender alguém desfazer-se [sic] de uma fonte de depressão psíquica. Não tem razão, pois, os que censuram a medicina por se pôr a serviço da beleza, acusando-a de emparelhar-se ao charlatanismo²⁴⁴.

O médico deve ser convenientemente responsável ao aconselhar ou desaconselhar a cirurgia plástica estética²⁴⁵.

3.1 Considerações gerais sobre a cirurgia plástica

Com o escopo de melhor compreender a responsabilidade civil na cirurgia estética, é traçado esboço sobre célebre julgado na França, ocorrido no final da década de 20 do século passado, transcrito por Carvalho Santos e comentado por Aguiar Dias²⁴⁶.

Tratava-se de jovem senhora, bonita e saudável estilista que, ao ter conhecimento que a medicina estética da época poderia lhe adelgaçar as pernas, procurou informações junto ao renomado Hospital Beaujon [frise: ela não se dirigiu a instituto de beleza, nem a médicos anunciados em jornais]. Lá, tomou conhecimento que o *expert* em doenças de circulação e obesidade [doenças glandulares que provocam distúrbios no corpo humano], o Dr. Léopold Levy, havia, inclusive, realizado experiências satisfatórias nessa área.

Verificando que a jovem senhora gozava de plena saúde, o médico a desencorajou quanto a obtenção do que desejava.

Decepcionada sobre as vantagens de um tratamento clínico, a jovem indagou do Dr. Levy sobre a possibilidade de se chegar ao mesmo resultado através da cirurgia estética. Com prudência que deveria ser seguida por todo profissional consciencioso, o médico afirmou não ser a sua especialidade. Ademais, advertiu à jovem sobre a reflexão na escolha

²⁴⁴ Op. cit. p. 378.

²⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Sálvio. Op. cit. p. 143.

²⁴⁶ SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 21. p. 268 e segs. *apud* Op. cit. p. 373-377.

do profissional, posto ser toda operação grave, pelo que redobrado deveria ser o cuidado na escolha do cirurgião.

Entretanto, indicou-lhe [a pedido da cliente] o Dr. Dujarrier, renomado médico, capaz de oferecer as garantias necessárias. De seu turno, disse-lhe o Dr. Dujarrier que se tratava de um excesso de gordura localizada, que seria removida por rápida cirurgia, somente deixando uma discreta cicatriz.

No dia seguinte, procedeu-se à operação. Ao invés de durar os 20 minutos prometidos pelo médico, levou 90 minutos a intervenção, restrita, ainda assim, a uma das pernas. A cirurgia não consistiu em mera ablação da massa gordurosa, mas em retirada de volumosa massa muscular. Destarte, o Dr. Dujarrier não conseguiu unir os bordos da incisão, pois os pontos de sutura saltavam pela pressão dos músculos.

Após o efeito da anestesia prévia, a paciente começou a sentir dores insuportáveis, amenizadas somente com injeções de morfina. No dia seguinte, a paciente não conseguia mover a perna operada.

Após 03 [três] semanas, e infortúnios de toda estirpe [inclusive ocorrência de gangrena na perna operada], não houve remédio senão amputá-lo. A cicatrização foi longa e, em razão da situação, a operada viu-se obrigada a vender sua casa de comércio.

O procurador-geral sustentou que: a) o cirurgião não tem o direito de operar uma pessoa sadia [em nome exclusivamente da beleza e da estética]; b) ao médico, sob o caráter augusto, sagrado, a que foi investido, era defeso ceder aos apelos de uma jovem, diante do fato de suas pernas estarem em desarmonia com a moda do dia.

A sentença condenou o cirurgião, considerando: *a)* a operação é delicadíssima; *b)* empenha responsabilidade o simples fato de efetuá-la, mormente diante da inutilidade para a saúde sã [á época] da operada; *c)* o estado inicial de excitação da cliente, tirava-lhe o livre arbítrio, ao médico era recomendado adiar a operação; *d)* a circunstância de apresentar a cliente uma pele excessivamente rígida, não isentaria o médico, posto ter agido com imprudência, não verificando previamente esse pormenor.

Aguiar Dias, ao comentar o caso supracitado, aprova a condenação do cirurgião, pela negligência provada do *expert*. Entretanto, desaconselha a reprovação da cirurgia estética, até porque:

isso já agora seria sem sentido, dada a sua positiva incorporação à arte médica e o fato de que, não sendo proibida, como de fato não pode ser, pela lei penal, também é incivil catalogá-la em si mesma como ato ilícito, só porque não produziu o esperado sucesso.

[...]É perfeitamente compreensível que, se a pessoa que se submete à operação estética vem a morrer em consequência de imperícia, negligência, desleixo ou inconsideração do operador, responda e ele civil e criminalmente. Mas esse ponto de vista não sufraga a tese do famoso julgado que recordamos, no sentido que a cirurgia estética, em si e por si, independentemente da forma por que é praticada, constitui ato ilícito. Assim, operando o médico com destreza, perícia e prudência, conhecimento e observância das normas da profissão e dos princípios consagrados nos regulamentos sanitários, é incivil pretender que responda, ainda assim, pela morte ou agravação do estado do paciente da operação estética²⁴⁷.

Nesta seara onde predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública, o consentimento do paciente não tem o condão de tornar o profissional irresponsável. Neste caso, não vale a máxima *volenti non fit injuria*.

Inobstante a cirurgia não alcance o sucesso esperado, a operação estética pode deixar de acarretar a responsabilidade do profissional, desde que: *a)* seja necessária; *b)* o risco a correr seja menor que a vantagem procurada; e *c)* seja praticada de acordo com as normas da profissão²⁴⁸.

Cumpra ainda salientar, que a cirurgia plástica se divide em *reparadora* e *estética propriamente dita*, chamada também de cosmetológica.

A cirurgia plástica reparadora visa corrigir deformidade física congênita ou traumática do paciente. Por mais competente que seja o médico, não pode garantir ou mesmo, eliminar completamente o defeito, sendo a sua obrigação de meio.

Na cirurgia estética propriamente dita, o paciente tem por finalidade corrigir imperfeições físicas [afinar o nariz, eliminar as rugas no rosto etc] que, sem alterar a saúde de uma pessoa, afetam sua auto-estima. Nesse caso, o médico assume obrigação de

²⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 377-378.

²⁴⁸ Ibid. p. 379.

resultado. Se o fim colimado não é possível, deve, imediatamente, informar ao paciente e se negar a realizar a cirurgia²⁴⁹.

3.1.1 O seguro de responsabilidade civil do médico

Nos Estados Unidos da América, as reparações por danos médicos são efetivas e vultosas. Hospitais e médicos mantêm seguro de responsabilidade civil por danos a terceiros. No Brasil, podem o médico e o hospital recorrerem ao mercado segurador para a cobertura de responsabilidade civil profissional, entretanto, a procura por tal seguro é reduzidíssima²⁵⁰.

Nesse sentido é o artigo sobre a matéria, publicado na Revista de Seguros:

[...] O que a experiência tem demonstrado, no entanto, é que o brasileiro até hoje não adquiriu o hábito de processar ninguém para obter reparação do dano. E a classe médica, assim, também tem ficado praticamente alheia ao problema jurídico e financeiro da responsabilidade da reparação das injúrias físicas cometidas aos clientes, no exercício profissional.

Seguro para proteger o médico contra as conseqüências da sua responsabilidade profissional é outra coisa que, no Brasil, já existe há muito tempo. Trata-se de seguro facultativo, cuja procura é escassa – e o é exatamente porque os médicos, acostumados com a idéia de que é muito remota a possibilidade de um processo judicial, em geral, jamais pensaram na conveniência ou necessidade de comprar seguro de tal natureza²⁵¹.

O Prof. Genival Veloso de França, com a clarividência que o notabiliza, defende a socialização do risco médico através do seguro, *in verbis*:

Socializar o risco médico, no sentido de reparar civilmente o dano, é o único instrumento viável e suscetível de assegurar tranquilidade no

²⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 371.

²⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 26-28.

²⁵¹ OLIVEIRA, Sérgio Rodrigues de; e PEIXOTO, Iranyr Marsicano. **Da viabilidade de um seguro para cobertura de erro médico e infecção hospitalar**. Cadernos de Seguro, Rio de Janeiro: Funenseg, ano 3, n. 18, set.-out. 1984 *apud* KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 28.

exercício profissional e garantir uma reparação mais imediata e menos confrontante com o médico. É também uma forma de corrigir algumas distorções da medicina dita socializada, cada vez menos amistosa, cada vez mais hostil.

A socialização do risco é a que melhor atende à justiça coletiva. Não se pode esconder o fato de que a medicina é a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais. Negar essa realidade, além de egoísmo, é colocar-se distante do presente. Esta é a única forma que dá ao responsável condições de responder pelo ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades. Para o paciente, o sistema de seguro também significaria livrar-se de um processo penoso e confuso, a proteção contra a deficiência técnica, contra seus riscos e contra a eventual falibilidade do profissional²⁵².

Em recente matéria publicada no sítio do egrégio STJ, observa-se que o número de litígios por erro médico, entre os anos de 2002 e 2008, aumentou em 200 % [duzentos por cento] naquele tribunal²⁵³.

Área extremamente fértil para a consolidação do seguro de responsabilidade profissional é no campo da cirurgia estética.

Nesse sentido, é a conclusão do ensaio sobre responsabilidade civil do médico [Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ – Homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar]:

Os médicos e juristas que têm estudado o assunto concluem de uma maneira uniforme pela necessidade da repartição econômica do risco do exercício da medicina. Mlle. Viney já demonstrara sua necessidade, diante das modernas características da atividade técnica. O prof. Andre Tunc, no seu trabalho “L’assurance tous risques medicaux”, considera melhor substituir a responsabilidade civil individual do médico pelo seguro. Guido Alpa responde à objeção que se faz á instituição do seguro médico, que seria um fator de perda da qualidade da medicina e do sentido de responsabilidade profissional, lembrando que na Europa as ordens profissionais são favoráveis à difusão do seguro²⁵⁴. (grifos do autor)

²⁵² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 2003. p. 226-227 *apud* KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 28.

²⁵³ PROCESSOS por erro médico no STJ aumentaram 200 % em seis anos. **Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ**. Brasília. 09 nov. 2008.

Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920>. Acesso em 13 nov. 2008.

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça: 2005. p.149.

Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acesso em 14 nov. 2008.

2.3 Peculiaridades da cirurgia plástica estética

A cirurgia plástica estética, como visto antes, é uma especialidade médica lícita e regular, com enorme aceitação na sociedade. Assim, há que se considerar, que a cirurgia estética não deve ser vista apenas como um instrumento fútil. Há, no mínimo, uma necessidade de ordem psíquica.

Entretanto, Jean Penneau adverte:

A jurisprudência tem admitido [...], que a obrigação do cirurgião estético não é fundamentalmente diversa da obrigação de outro cirurgião em virtude da álea inerente a qualquer intervenção cirúrgica. Mas aqui o rigor se transferiu a outro domínio: o da informação devida ao doente e o da obtenção do seu consentimento. Sem dúvida, ainda, cabe distinguir o que é *cirurgia estética stricto sensu* e *cirurgia reparadora*²⁵⁵. (grifo nosso)

Adiante, o nobre jurista infere:

[...]Em princípio, o cirurgião estético intervém não para restabelecer a saúde do paciente, mas para trazer-lhe um conforto, ou um reconforto estético. Intervém para corrigir um defeito que, fora da sua repercussão psíquica habitual, não põe absolutamente e, causa a saúde do paciente. Daí resulta, bem evidentemente, de uma parte, que o cirurgião não pode empregar senão uma terapêutica que, com rigorosa segurança, superará os inconvenientes da desgraça que pretende desfazer. De outra parte, mais estritamente no plano da informação, que ele deve prevenir o cliente de todos os risco previsíveis, ainda que não se realizem senão excepcionalmente²⁵⁶.

Cumpre esclarecer que a cirurgia plástica estética é uma intervenção eletiva. “Todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente”²⁵⁷.

Quanto às obrigações do cirurgião plástico, serão as mesmas do médico em geral [seção 2.2.5 do presente trabalho]. Ao cirurgião estético, no âmbito civil, a doutrina e a

²⁵⁵ PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale**. 1977. p. 34-36 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 380.

²⁵⁶ *Ibid.* p. 66 *apud* *Ibid.* p. 381.

²⁵⁷ CHAMMARD, Georges Boyeur et MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale**. Paris: PUF, 1974. p. 114 e segs. *apud* KFOURI NETO. Op. cit. p. 172.

jurisprudência lhes são menos benevolentes quanto ao descumprimento de algum de seus deveres.

Nesse sentido é o escólio de Kfouri Neto:

[...] as obrigações do cirurgião, nessa especialidade [cirurgia estética], são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as seqüelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir²⁵⁸.

2.4 Cirurgia plástica estética e obrigação de meio e de resultado

Como visto no subcapítulo 2.2.2, a obrigação do médico pode ser de meio ou de resultado. Comumente, as obrigações assumidas pelo esculápio perante seu paciente são de meios, onde o mesmo deverá utilizar-se de todas as técnicas médicas disponíveis ao seu alcance, a fim de curar ou melhorar o estado de saúde do doente.

Contudo, de acordo com a doutrina dominante, é cabível na cirurgia estética a obrigação de resultado, enquanto na reparadora, ou seja, aquela que visa reparar defeitos causados por lesões advindas de acidentes ou má formação congênita, prevalece a obrigação de meio.

Sustentando a tese minoritária, ou seja, de que a obrigação do médico mesmo na cirurgia estética é de meio, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assevera que a orientação hoje vigente na França tende a admitir que a obrigação do cirurgião plástico estético é de meios, assim como dos demais cirurgiões, pois corre o mesmo risco e depende da mesma álea. A seguir o ilustre ministro adere a esta tese, justificando que toda operação

²⁵⁸ Op. cit. p. 181.

enseja riscos ligados à reação do próprio organismo humano, muitas vezes imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico. A eventual falta de informação precisa, e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido, é que conduzirão à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios²⁵⁹.

Cumpre ainda citar o entendimento do Prof. Luís Andorno, outrora um dos defensores da teoria do resultado e que após estudos sobre a matéria, acabou por modificar seu entendimento, como se extrai do texto abaixo:

Se bem tenhamos participado durante algum tempo deste critério de situar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame mediato e profundo da questão nos levou à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, colocando também o campo da cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência. É assim porquanto, como bem assinala o brilhante jurista e catedrático francês e estimado amigo, Prof. François Chabas, de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, o comportamento da pele humana é de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível em numerosos casos. Ademais, agrega dito jurista, toda a intervenção sobre o corpo humano é sempre aleatória²⁶⁰.

Entretanto, comungando entendimento majoritário, é possível citar a lição de Yussef Said Cahali:

Quando se tratar de cirurgia estética a responsabilidade pelo dano por ela produzido deverá ser apreciada com muito mais rigor que nas operações necessárias a saúde e a vida do doente, pois na operação plástica estritamente estética o médico está lidando com uma pessoa em perfeito estado de saúde que apenas deseja melhorar sua aparência e com isto se sentir psiquicamente melhor. Existe neste caso uma obrigação de resultado que se não alcançada vai dar lugar a uma presunção de culpa contra o médico com a conseqüente reversão do ônus da prova²⁶¹.

²⁵⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil dos médicos**. RT 718/40 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Op.cit. p. 369.

²⁶⁰ ANDORNO, Luis. **La responsabilidad civil médica**. *Ajuris*. V. 59. p. 224 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça: 2005. p.129-130.

Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acesso em 14 nov. 2008.

²⁶¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 328.

Teresa Ancona Lopez de Magalhães pondera que:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza²⁶².

Sérgio Cavalieri Filho é taxativo quanto a questão, afirmando que:

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis²⁶³.

Sobre a aplicação da obrigação de resultado do cirurgião plástico estético, em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor, para os profissionais liberais, o renovado e oxigenado Cavalieri fulmina:

A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigação de meio; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante

²⁶² Op. cit. p. 62.

²⁶³ Op.cit. p. 370.

prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar²⁶⁴.

Nesse sentido são os arestos do colendo TJRJ:

2006.001.03462 - APELACAO - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 05/04/2006 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

LIPOASPIRAÇÃO. RESPONSABILIDADE MÉDICA SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. 1-Cirurgia de lipoaspiração malsucedida. Matéria que deve ser apreciada sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva (art. 14, § 4º do CODECOM). Em se tratando de cirurgia estética embelezadora, a culpa é presumida, para uma obrigação contratual e de resultado. 2-O médico que se dispõe a proceder a uma lipoaspiração sabe que se busca um certo e determinado resultado, consistente no embelezamento. Portanto, deve usar toda a perícia possível para alcançá-lo, inclusive, avaliando riscos. Se o resultado final, notoriamente, não é bom e não é o esperado, não tendo ocorrido fatores estranhos que tenham interferido, então, não foi perito suficiente para garantir o resultado objeto do serviço contratado. 3- Até mesmo fatores de natureza orgânico devem ser previstos, ou pelo menos devem estar na esfera de previsibilidade médica numa cirurgia da qual se espera um resultado mais belo. Apenas uma causa imprevisível e externa teria o condão de afastar a responsabilidade. 4 -Basta um pequeno dano acarretado pela conduta imperita que a obrigação de reparar surge. As conseqüências são importantes para avaliar o grau de culpa e dispor sobre a indenização. Primeiro recurso provido em te, nos termos do voto do Desembargador Relator. Recurso adesivo não conhecido. **(2006.001.03462** - APELACAO – 15ª Câmara Cível – DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO – D.O. 11.04.2006).

-----XX-----

2008.001.04251 - APELACAO - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 05/03/2008 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO. Ordinária. Reparação de danos materiais e morais. **Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Culpa presumida**, não elidida pelo réu. A cirurgia a que se submeteu a autora foi de natureza estética, e não para atender a displasia mamária, o que se infere das provas documental e testemunhal. Seqüelas esteticamente severas (deformidade da auréola do seio esquerdo e planificação dos mamilos), reconhecidas por laudo pericial e não negadas pelo cirurgião. A verba reparatória de dano moral há de ser majorada com o fim de sublinhar a sua função também punitiva do inaceitável procedimento do réu, em obrigação de resultado. Demais verbas arbitradas com objetividade e razoabilidade. Desprovimento do primeiro recurso e provimento parcial do segundo.

(2008.001.04251 - APELACAO – 2ª Câmara Cível – DES. JESSE TORRES – D.O. 10.03.2008).

²⁶⁴ Loc. cit.

-----XX-----

2005.001.05970 - APELACAO - DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 15/06/2005 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. RESULTADO INSATISFATÓRIO. DEFEITO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR. **A responsabilidade médica é, na maioria dos casos, de natureza contratual, subjetiva e com culpa comprovada.** Logo, cabe ao paciente demonstrar que o insucesso no tratamento decorreu de negligência, imprudência ou imperícia do médico. **Entretanto, no que diz respeito à cirurgia estética, a culpa do médico é presumida, cabendo a este provar a ocorrência de algum fator capaz de afastar sua responsabilidade. No caso em apreço, a conduta médica mostrou-se inadequada, já que o profissional não conseguiu atingir os resultados esperados pela paciente, na medida em que não corrigiu o defeito do posicionamento dos mamilos, como se verifica nas fotografias acostadas aos autos,** sendo ainda, constatado pelo perito a existência de nódulo na mama esquerda da autora. Além do mais, poderia ser realizada apenas uma intervenção cirúrgica, como assinalou o expert do Juízo, o que por si demonstra ter ocorrido defeito na prestação do serviço, devendo o réu arcar com os danos sofridos pela autora.[...]. Recursos conhecidos, provido o da autora e improvido o do réu.

(**2005.001.05970** - APELACAO – 11º Câmara Cível – DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES – D.O. 29.06.2005).

-----XX-----

2008.001.33988 - APELACAO - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 19/08/2008 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

Ementa. **INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. GINECOMASTIA. CIRURGIA CORRETIVA. FALHA NO SERVIÇO PRESTADO NÃO DEMONSTRADA. DANO MORAL. AFASTAMENTO. Para o acolhimento do pedido exordial, imprescindível a demonstração da culpa do médico.É bom lembrar que, no caso presente, a responsabilidade civil médica é subjetiva, e embora se esteja diante de cirurgia plástica, o resultado de embelezamento não é o fim colimado, pois como explica o perito, a intervenção tinha cunho profilático, com vistas à redução dos riscos à saúde do paciente.** O perito também não encontrou nos documentos encartados qualquer indicativo de um possível desvio das normas técnicas cirúrgicas pelo segundo Recorrido, salientando, ainda, não poder afirmar que as seqüelas estéticas apresentadas decorrem de alguma falha técnica do profissional que atendeu o Recorrente. **Nesta trilha, não restou comprovada a culpa, elemento essencial a responsabilização do médico,** e conseqüentemente, da empresa que o credenciou. Recurso desprovido.

(**2008.001.33988** - APELACAO – 15º Câmara Cível – DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO – D.O. 22.08.2008).

CONCLUSÃO

Nota-se a mudança no eixo da responsabilidade civil, trespassando-se do autor da lesão para a vítima do dano²⁶⁵.

O médico de família, amigo e conselheiro, desapareceu. Hodiernamente, o esculápio participa de clínica, hospital, entidade associativa pública ou privada, é especialista em determinado assunto, ao contrário do outrora experiente clínico geral que atendia a toda família. A Medicina socializou-se e despersonalizou-se, transformando a relação médico-paciente quase exclusivamente profissional. Continua a ser uma arte, mas sob diferente contexto²⁶⁶.

A atividade médica tem inegável repercussão no mundo da responsabilidade civil. A cirurgia plástica estética, em face do crescente culto ao belo, massificou-se. Diante disso, exsurtem intensos debates doutrinários acerca do *thema*.

Na apreciação da responsabilidade civil médica, o operador do direito deve levar em consideração as diversas peculiaridades da profissão, quando da averiguação da ocorrência ou não do erro médico *lato sensu* no caso concreto.

Posto isso, são feitas as seguintes conclusões:

a) a responsabilidade do médico tem natureza contratual e subjetiva, para surgir o dever de indenizar, a culpa do profissional deve ser provada [regra geral] e essa prova fica a cargo do ofendido que deverá demonstrar se houve imprudência, imperícia ou negligência no atuar do médico;

b) o Código de Defesa do Consumidor excepcionou a responsabilidade objetiva para os casos dos profissionais liberais, sendo, portanto, mantida a responsabilidade subjetiva, prevista no Código Civil, permitindo, no entanto, a inversão do ônus da prova,

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça: 2005. p.149.

Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acesso em 14 nov. 2008.

²⁶⁶ VENOSA, Silvio de Sálvio. Op. cit. p. 127-128.

quando o juiz verificar de ofício ou a requerimento do ofendido, que o mesmo é hipossuficiente ou suas alegações são verossímeis;

c) as chamadas cláusulas de não-indenizar não têm validade nos contratos firmados entre médicos e pacientes, haja vista ser o corpo humano um bem indisponível, havendo um preceito de ordem pública que limita a autonomia de vontade. São também consideradas abusivas, e, portanto, nulas de pleno direito, como preceitua a lei consumerista;

d) se rompido o nexo causal, em virtude da demonstração de que o dano adveio de um caso fortuito [externo] ou força maior, de um fato de terceiro ou de fato exclusivo do paciente, o médico não será responsabilizado civilmente pela lesão, posto inexistir, nesses casos, o liame entre a conduta do profissional e o dano suportado pelo doente;

e) o risco inerente da atividade médico-hospitalar não encerra obrigação de indenizar, exceto quando falho o dever de informar acerca da periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo; só responde o fornecedor de serviços pelos danos advindos do risco adquirido. De seu turno, o risco do desenvolvimento deve ser visto como fortuito interno da atividade do fornecedor, um defeito de concepção, respondendo o fornecedor por eventual dano ocorrido à vítima em razão da implantação de determinada tecnologia;

f) entre o médico e o paciente existem deveres um para com o outro, sobretudo na cirurgia plástica estética, onde o médico deve prestar todas as informações possíveis acerca do procedimento cirúrgico a ser realizado e o paciente seguir estritamente as orientações prescritas. Ao cirurgião estético, no âmbito civil, a doutrina e a jurisprudência lhes são menos benevolentes quanto ao descumprimento de algum de seus deveres.

g) se restar comprovado que as vantagens da cirurgia estética são desproporcionais aos riscos e desvantagens que a intervenção pode trazer, bem como nas cirurgias experimentais, deve o cirurgião se recusar a realizá-las, mesmo havendo a concordância expressa do doente, sob pena de ser responsabilizar pelo evento danoso. A concordância do paciente não isenta o médico de responsabilidade, caso seja demonstrada sua culpa;

h) o dano estético é uma espécie do gênero dano moral, pois o paciente vitimado por uma deformidade física sofre um abalo de ordem moral. Entretanto, a jurisprudência pátria admite a cumulação entre o dano moral e o dano estético;

i) A cirurgia estética encerra a obrigação de resultado, enquanto a cirurgia reparadora, ou seja, aquela que visa reparar defeitos causados por lesões advindas de acidentes ou má formação congênita enseja a obrigação de meio;

j) sofrendo o paciente algum dano em virtude de cirurgia plástica reparadora, cabe ao mesmo provar a culpa do médico, já que nas obrigações de meio o ônus da prova é incumbência da vítima. Contudo, sendo a cirurgia plástica estética, há presunção de culpa contra o médico e, conseqüentemente, inversão do *onus probandi*; e

k) Área extremamente fértil para a consolidação do seguro de responsabilidade profissional é no campo da cirurgia estética, repartindo-se economicamente o risco do exercício da medicina.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rui Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. RT 718.

ALMEIDA, Lacerda de. **Efeitos das Obrigações** *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALVES, João Luís. **Código Civil Anotado** *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALVIM, Arruda et al. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2ed. São Paulo: RT, 1995 *apud* VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

ANDORNO, Luis. **La responsabilidad civil médica**. *Ajuris*. v. 59 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005.

AVECONE, Pio. **La responsabilit  penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Prote o do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984, volume 4.

_____. 1859-1944. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça: 2005.

CAHALI, Yussef Said (coordenador). **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.

CHAMMARD, Georges Boyeur et MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale**. Paris: PUF, 1974 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El médico ante el derecho**. Madrid: Ministerio da Sanidad y Consumo, 1985 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1953, v.1 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTALES, J. Fernandez. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid, 1987 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO. José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005 *apud* TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação civil nº 10.227/2006**. Relator: des. Maldonado de Carvalho. Sessão 29.03.2006. DOERJ do dia 10.04.2006.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - responsabilidade civil**. 5 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. São Paulo: Saraiva, v.2, 1993.

FISCHER, Hans Albrecht. **Reparação dos danos no direito civil**. São Paulo, 1938 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 6. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1994; 8. ed., 2003 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Pareceres II**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1996 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FULGÊNCIO, Tito. **Do Direito das Obrigações, no Manual do Código Civil**, vol. 10. *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

G. MARTON. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris, 1938 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GÓMEZ, Luis Martinez-Calcerrada y. **La responsabilidad civil médico-sanitaria**. Madrid: Tecnos, 1992 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Henri et Leon Mazeaud. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle**. 3º ed. Paris, 1938, t. 1 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. 5 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

INTRONA, F. **La responsabilità professionale nell' esercizio delle arti sanitarie** *apud* AVECONE, Pio. **La responsabilità penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Ástrea, 1979 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JOSSERAND. **Évolutions et actualités**. Sirey, Paris, 1936; Revista Forense, vol. 86. tradução de Raul Lima *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JURANDIR SEBASTIÃO. COAD. **Seleções Jurídicas**. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1963. *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco** *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LUTZ, Guálter. **Erros e acidentes em odontologia** *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAGALHÃES, José Clavet de. Monografia. **A responsabilidade penal do médico**. 1946 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O Dano Estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CHALI, Yussef Said. (coord.). **Responsabilidade civil – Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RT. 1984 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio, 1943 *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. 6. parte 1 *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIGRE, André Luís. **O atuar médico: direitos e obrigações**. 2º ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Maanain, 2007.

PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PANASCO, Lacerda Wanderby. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale**. 1977 *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9º ed. Forense, 1998 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

POMMEROI, Adrien. **La responsabilité médicale devant les tribunaux**. Lille-Paris, 1932 *apud* Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 10. ed. v.3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

_____. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro, 1935. v.3 e v. 14 *apud* DIAS, José de Aguiar – **Da Responsabilidade Civil** – 11º ed. Revista,

atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 7. ed. v. 21. Rio de Janeiro: Freitas Bastos *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SAVATIER. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. Paris, 1939. t. 1 *apud* Dias, José de Aguiar .**Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v.5 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **Dano estético**. Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo: Saraiva, v. 22, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Com novas especialidades: implantodontia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina E Jurisprudência. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tratado de responsabilidade civil. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 *apud* VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

ZULIANI, Ênio Santarelli. COAD. **Seleções Jurídicas**. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. Publicado em dezembro de 2003 *apud* Dias, José de Aguiar .**Da Responsabilidade Civil**. 11º ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 25^o ed. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 279.