

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

BRUNO OLIVEIRA DE SOUZA KRYMINICE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PROFISSIONAL LIBERAL

**CURITIBA
2015**

BRUNO OLIVEIRA DE SOUZA KRYMINICE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PROFISSIONAL LIBERAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Felipe Forte Cobo.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO**BRUNO OLIVEIRA DE SOUZA KRYMINICE****A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PROFISSIONAL LIBERAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	12
2.2	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	13
3	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.1	AÇÃO OU OMISSÃO.....	16
3.2	DANO	17
3.3	NEXO CAUSAL	18
3.4	CULPA.....	19
3.4.1	Negligência.....	20
3.4.2	Imprudência.....	21
3.4.3	Imperícia.....	22
4	DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS ...	23
4.1	NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE – DA OBRIGAÇÃO DE MEIO.....	25
4.2	NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE – DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	26
4.3	A NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA ..	27
5	APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS MÉDICOS.	29
5.1	A PROVA DA CULPA DO PROFISSIONAL LIBERAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	30
5.2	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	33
5.3	DA NÃO INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	35
5.4	DEVER DE INFORMAÇÃO	36
6	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	38
7	EXCLUDENTES DO DEVER DE REPARAR O DANO	42
7.1	CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR.....	42
7.2	CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	45
7.2.1	Da culpa concorrente da vítima	47
7.3	FATO DE TERCEIRO.....	48
7.4	A IATROGENIA	49
8	CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E CONTRATO MÉDICO	51
9	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	56

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PROFISSIONAL LIBERAL

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil do médico, profissional liberal, à luz das inovações alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor, dentro do contexto doutrinário e jurisprudencial, sem esquecer, porém, das valiosas lições do Direito Civil acerca da responsabilidade civil. Assim, analisa-se a questão de forma crítica, avaliando-se as consequências práticas da incidência da legislação consumerista na relação médico-paciente. O objetivo é traçar a evolução histórica e analisar em linhas gerais as modalidades da responsabilidade médica, à luz das responsabilidades objetiva e subjetiva; contratual e extracontratual; e distinguindo obrigações de meio e de resultado. Sem descuidar da premissa de que, em regra, a natureza jurídica da prestação de serviços médicos é de obrigação de meio, e que a responsabilidade do médico será, no mais das vezes, contratual e subjetiva, serão também abordadas as causas de exclusão de responsabilidade do médico, em especial o caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e a iatrogenia. Também será abordada a em que aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais entre médicos e pacientes, os deveres dos médicos perante o paciente, e por fim, a polêmica cláusula de não indenizar. Sem pretender esgotar o tema, o presente trabalho busca demonstrar que a responsabilidade civil do médico ainda traz muitas controvérsias, destacando a importância de seu estudo permanente por profissionais do direito.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Atividade médica. Dano. Código de Defesa do Consumidor. Código Civil. Profissional liberal. Culpa.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil do profissional da Medicina ganhou notoriedade devido à grande quantidade de demandas judiciais discutindo a responsabilidade civil do médico.

Durante muitos séculos, a sua função esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Nesse contexto, demonstrava-se desarrazoado responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina¹.

Um dos primeiros documentos que tratam do erro médico e sua eventual responsabilização é o Código de Hammurabi (1790-1770 a.C.), que dedicava nove parágrafos (215 a 223) à atividade médica e às obrigações dela decorrentes, trazendo normas a respeito da profissão médica em geral. O referido documento histórico, ao abordar o erro médico, previa que²:

Parágrafo 215. Se um médico fizer uma grande incisão com um bisturi e curar, ou se abrir um tumor (no olho) com um bisturi, e salvar o olho, deverá receber dez siclos em dinheiro.

Parágrafo 216. Se um paciente for um liberto, ele deverá receber cinco siclos.

Parágrafo 217. Se ele for escravo de alguém, o proprietário deve dar ao médico dois siclos.

Parágrafo 218. Se um médico fizer uma grande incisão com um bisturi e matar, ou se abrir um tumor com um bisturi e cortar fora o olho, suas mãos deverão ser cortadas.

Parágrafo 219. Se um médico fizer uma grande incisão no escravo de um liberto e o matar, deve substituir o escravo por outro escravo.

Parágrafo 220. Se abrir um tumor com um bisturi e arrancar o olho, deve pagar metade do seu valor.

Parágrafo 221. Se um médico curar o osso quebrado ou um tecido atingido de um homem, o paciente deverá pagar ao médico cinco siclos em dinheiro.

Parágrafo 222. Se for liberto, deverá pagar três siclos.

Parágrafo 223. Se for um escravo, seu senhor deverá pagar ao médico dois siclos.

Da análise dos parágrafos transcritos, verifica-se que a lei estabelecia, para os casos de cura a partir de “grande incisão com bisturi”, ou de “salvar o olho ao se abrir um tumor”, uma compensação pela empreitada ao médico. De forma contrária,

—

¹ AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2000. Cap. 7, p. 133.

² A transcrição dos parágrafos do Código de Hammurabi foi extraída da obra **HAMMURABI, Rei da Babilônia. Código de Hammurabi: escrito em cerca de 1780 a.C. traduzido por Leonard William King; tradução para o português de Júlia Vidini**. São Paulo: Madras, 2005, p.65.

impunham-se ao médico severas penas, que poderiam chegar até mesmo a amputação de suas mãos (parágrafo 218), em caso de morte ou de lesões ao seu paciente, provocada por imperícia ou má prática, sendo também previsto o ressarcimento do dano.

Já no Egito, existia um livro contendo todas as regras de obediência obrigatória pelos médicos. Os médicos gozavam de alta posição social, porque se confundiam as suas funções com as de sacerdote, mas, ainda assim, deviam nortear-se por regras básicas constantes do “livro sagrado”. Respeitadas as regras, demonstrando-se que haviam sido seguidas as prescrições do texto, mesmo que o paciente viesse a falecer, não sofreriam punição, o que não ocorria em caso de não observância àquelas, quando o médico então era condenado a pena capital³.

Na Grécia, havia se firmado o princípio de que a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional, devendo a responsabilidade do médico ser avaliada por perito na matéria, ou por colegiado de médicos. Com fundamento nas regras adotadas no Egito, chegou-se a admitir a culpa do médico quando preenchidas duas condições, morte do paciente; e a desobediência às prescrições geralmente conhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária⁴.

Assim, segundo Mariana Massara Rodrigues⁵, “ainda na Grécia, com fundamento nas regras adotadas no Egito, chegou-se a admitir a culpa médica quando houvesse a morte do paciente e desobediência às prescrições reconhecidas como fundamento da atividade sanitária.”

Mas foi o Direito Romano o grande responsável pela evolução da responsabilidade civil, cujo ponto de partida foi a vingança privada, como forma espontânea e natural de reação do mal sofrido, avançando depois para uma forma de responsabilização através da composição com o ofensor, a critério da vítima, que recebia do agressor um “resgate”, chegando à célebre lei Aquília (ano 468), que generalizou a responsabilidade civil, erigindo a estrutura jurídica e a construção da

—

³ PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 37.

⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

⁵ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 21.

doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa, conforme até hoje conhecemos⁶.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês inovou, trazendo o instituto da responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada, a qual continua a ser o norte das legislações modernas. E exatamente com base no direito francês e nas suas construções doutrinárias e jurisprudenciais que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos. Assim, na época moderna, foi no direito francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se substanciariam com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil⁷.

Miguel Kfoury Neto, ao discorrer sobre os cuidados com que as cortes francesas analisavam a responsabilidade médica, cita o paradigmático caso do julgamento do Doutor Helie de Domfron, ocorrido em 1832, em que sobressai a atuação do Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin. Em resumo, o médico foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao toco-traumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa⁸.

Em seu parecer o Procurador Geral da França afirmou⁹:

⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 3 ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

⁷ Idem, 2014, p. 8.

⁸ Ibidem, p. 32.

⁹ Apud GOMES, Júlio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. **Erro médico**: um enfoque sobre sua origem e suas consequências. São Paulo: Guanabara Koogan (Grupo GEN), 2002, p. 30.

(...) O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável, por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos, e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

(...)

Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular para o geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra em seu meio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega.

Do julgado acima se observam duas premissas: a primeira, de que os médicos podem ser civilmente responsabilizados; a segunda, de que esta responsabilização depende de uma análise judicial caso a caso, e desde que demonstrada culpa do médico. Atualmente, na França, há até mesmo o convite de médicos a juízes para assistirem às grandes cirurgias abdominais, para que os magistrados possam vivenciar a atividade médico-cirúrgica de forma aprofundada, em todas as suas peculiaridades, materiais ou psíquicas¹⁰.

No Brasil, apenas no ano de 1932 houve a primeira normatização da conduta médica, através do Decreto 20.931 de 11 de janeiro de 1932, que previa a regulamentação e fiscalização do exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, estabelecendo penas¹¹. Todavia, foi apenas em 13 de setembro de 1945 que foram instituídos os Conselhos de Medicina, através do Decreto-Lei nº 7.955/45¹².

Hodiernamente, são muitos os estatutos jurídicos brasileiros que emprestam normatização à atividade médica e, em especial, à sua responsabilidade civil. Nesse

¹⁰ OLIVEIRA, 2007, p. 28; KFOURI NETO, 1998, p. 40.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 20.931, de 11 de Janeiro de 1932**. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, estabelece penas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

¹² Idem. **Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945**. Institui Conselhos de Medicina e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De17955.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

sentido, sobre a evolução da legislação brasileira na área médica, ensina Fernanda Schaefer¹³:

É importante ressaltar aqui, dizer que o sistema legal brasileiro possui uma ordem hierarquizada entre os diplomas jurídicos, sendo estes escalonados em importância e força vigente. Situada no topo de todas as leis está a Constituição Federal, devendo todas as demais normas respeitarem o que nela está contido, não podendo nelas haver qualquer determinação em contrário. O erro médico é tratado por diversos diplomas brasileiros, como por exemplo: art. 37, §6^o¹⁴ da Constituição Federal, art. 11 do Dec.-Lei nº 20.931 de 11/01/1932¹⁵, arts. 159¹⁶, 1.521¹⁷ e 1.545¹⁸ do Código Civil de 1.916, atuais arts. 186¹⁹, 932²⁰, 933²¹ e 951²² do Novo Código Civil de 2.002, arts. 18²³ e 129²⁴ do Código Penal; art. 29²⁵ do Código de Ética Médica, entre diversos outros que podem ser invocados.

—

¹³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 22.

¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁵ Art. 11 Os médicos, farmacêuticos, cirurgiões dentistas, veterinários, enfermeiros e parteiras que cometerem falta grave ou erro de ofício, poderão ser suspensos do exercício da sua profissão pelo prazo de seis meses a dois anos, e se exercem função pública, serão demitidos dos respectivos cargos.

¹⁶ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹⁷ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).

IV Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.

V os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.

¹⁸ Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

¹⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁰ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

²¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

²² 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 trabalho.

²³ Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)²⁶.

A responsabilidade civil está baseada na prática de um ato ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica. Decorre da ação humana e tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; e o fator de atribuição de responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade, etc). Para Caio Mário da Silva Pereira²⁷:

A responsabilização civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. A reparação e o sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Maria Helena Diniz²⁸ a define como:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

—

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

²⁴ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

²⁵ É vedado ao médico:

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 19. ed., rev. aum. e atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

Em síntese, pode-se definir a responsabilidade civil como o fenômeno jurídico que tem o seu nascimento sempre que houver violação de um dever jurídico preexistente, e dessa violação resultar um dano a outrem²⁹.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito por inobservância de dever de cuidado, quer de forma comissiva (imprudência), quer de forma omissiva (negligência), quer pelo descuido de norma técnica (imperícia). O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta, e o prejudicado, o credor. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva é a regra. Tal é o que se depreende do conceito de ato ilícito como sendo a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem (art. 186, CC). Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei³⁰.

Da análise do artigo 186 do Código Civil, verifica-se a existência de quatro elementos para a responsabilidade civil: ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, nexa causal e o dano causado à vítima.

Na responsabilidade subjetiva, o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, desde que provado que houve dolo ou culpa na ação³¹.

Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves³² afirma que:

Fala-se em responsabilidade subjetiva quando a responsabilidade se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Assim, a responsabilidade do causador do dano só se configura se agiu com dolo ou culpa.

Nesse cenário, a responsabilidade civil do médico emerge, inicialmente, como mera decorrência do preceito geral de responsabilidade civil, sendo, portanto, subjetiva. Assim, não pode o médico ser responsabilizado quando não poderia prever o resultado, tendo agido com a cautela e a diligência exigíveis para a situação.

—

²⁹ COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A Imprudência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 13.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 599.

³¹ DINIZ, 2005, p.58.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

Explicitando a responsabilidade subjetiva como regra no sistema brasileiro, Fernando Noronha³³ esclarece:

A responsabilidade subjetiva, ou culposa, também chamada de responsabilidade civil por atos ilícitos, ou aquiliana, é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, caput, do Código Civil.

Da mesma forma, segundo Rizzardo³⁴:

(...) Não se pode, de maneira alguma, ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que alguns pretendem, com superficialidade, a ponto de ver em tudo o que acontece a obrigação de indenizar, sustentando que, verificado o dano, nasce tal obrigação, sem indagar da culpa do lesado, e impondo, como único pressuposto, o nexo causal entre o fato e o dano.

Mesmo assim, a responsabilidade civil subjetiva pelos danos causados na atividade médica lato sensu já encontrava expressa previsão no Código Civil de 1916, que estabelecia em seu artigo 1.545:

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

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação do dano independentemente de culpa. Quando isto ocorre, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com a ocorrência do dano e do nexo de causalidade³⁵. A responsabilidade objetiva, portanto, é a exceção.

É o que se depreende do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

³³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 484.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 29.

³⁵ GONÇALVES, 2010, p.48.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na precisa definição de Regina Beatriz Tavares da Silva³⁶:

A responsabilidade objetiva é fundamentada no risco. Assim é chamada essa espécie de responsabilidade porque não cabe examinar a vontade do agente, nem mesmo naquela comparação com a conduta normal das pessoas. Aqui não importa se houve dolo, se houve negligência, ou imprudência, ou imperícia. Importa apenas a existência da ação e do dano. Havendo ação lesiva e a relação de causalidade entre a ação e o dano, surge a responsabilidade civil. Em suma, não se cogita da subjetividade do agente. A vítima somente precisa demonstrar a ação ligada ao dano, para que surja o dever do lesante de repará-lo.

Conforme leciona Antonio Lindbergh Montenegro³⁷: “Na responsabilidade objetiva, o fundamento da indenização decorreria da existência de um evento lesivo ligado ao agente por um nexo de causalidade.”

Para Neri Tadeu Camara Souza³⁸:

A responsabilidade objetiva é aquela em que presentes na relação entre o agente causador do dano e o lesado o ato lesivo, o dano no lesado e o nexo de causalidade entre este ato e este dano, não há que se falar em culpa para que fique caracterizada a necessidade de indenizar o lesado pelos prejuízos, de qualquer ordem, que porventura tenha sofrido. A presença de culpa no agir do agente causador do dano, enfatizamos, é desnecessária para que se caracterize, juridicamente, a necessidade de indenizar o lesado pelos prejuízos de que tenha sido vítima, em caso de responsabilidade objetiva.

Assim, na responsabilidade objetiva, ao contrário da subjetiva, não se exige prova da culpa para que haja a reparação do dano. Se ao caso aplicar-se a teoria objetiva, basta à vítima provar a autoria e o dano, para lograr êxito na ação reparatória. O suposto autor do dano só se exime da indenização se provar que a culpa foi exclusiva da vítima³⁹.

De se ressaltar, contudo, que, diferentemente do sistema de responsabilidade civil adotado pelo Código Civil, no qual a responsabilidade subjetiva é a regra, o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilização objetiva do prestador de serviços como regra.

³⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas atividades de ensino privadas**. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw), p.24.

³⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 28.

³⁸ SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 64.

³⁹ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo: inclui comentário sobre a lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 (guarda compartilhada)**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 295.

Entretanto, o Código consumerista permite a exclusão da responsabilidade se o prestador de serviço provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistiu, ou ainda, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, como se analisará em tópico específico (tópico 7). Logo, mesmo tratando-se de responsabilidade objetiva, a mesma é mitigada. Em outras palavras, a lei de proteção não adotou a teoria do risco integral, de sorte a poder afirmar que mesmo o caso fortuito ou de força maior, bem como os riscos inerentes à atividade, poderão ser causas exonerativas do dever de indenizar⁴⁰.

A diferente normatização do estatuto consumerista, entretanto, não alterará a conclusão pela responsabilidade subjetiva do médico, como adiante se explorará melhor. Por ora, basta ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, embora tenha adotado a teoria objetiva como regra, excepcionou expressamente a responsabilidade dos profissionais liberais.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto, o artigo 186 do Código Civil prevê que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Da análise do referido artigo, verifica-se a existência de quatro elementos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão, b) a culpa ou dolo do agente, c) nexos causal, e a d) ocorrência de um dano causado à vítima.

Hélio Gomes⁴¹, ao descrever os elementos necessários para a configuração específica da responsabilidade civil médica, aponta que:

O agente é o médico. Só ele pode ser o autor da infração penal. O ato, pelo qual responde o profissional, tem que ser um ato profissional. A culpa é a falta de previsibilidade, nela não há intenção de prejudicar. Resulta da imprudência, negligência e imperícia. A imprudência se caracteriza pela audaciosa atitude do médico, a negligência é a omissão de cuidados necessários; a imperícia é o desconhecimento de recursos técnicos, a ignorância inescusável, a incompetência profissional manifesta. O dano, resultante de ato profissional, pode ser a morte, ferimentos, agravação dos males preexistentes, etc. Finalmente, é preciso que exista uma relação de causa e efeito entre o dano alegado e o ato profissional que o determinou. O nexos causal tem que ser bem estabelecido, para que fique evidenciada a responsabilidade médica.

—

⁴⁰ MELO, 2014, p. 24/25.

⁴¹ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 652.

Na sequência serão abordados individualmente cada elemento da responsabilidade civil.

3.1 AÇÃO OU OMISSÃO

A ação é um movimento físico voluntário qualquer, direcionado ou direcionável a um fim. São, portanto, necessariamente dois os aspectos do ato humano: um externo, consistente em ações modificadoras do mundo exterior e outro interno, psicológico, que é a vontade orientada ou orientável a um escopo⁴².

Na precisa definição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴³:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado, seguido do dano e do nexo de causalidade.

A regra é ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada e que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. A conduta deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pela vontade à qual o fato é imputável, surgindo o elemento da voluntariedade⁴⁴.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁴⁵:

As ações podem ser conscientes ou inconscientes, segundo a área do cérebro responsável pelo comando. Consciente é o movimento físico em resposta a comandos processados na área do cérebro que sugerem o completo controle da ação e seus efeitos pelo ser humano que age. Inconsciente, o movimento que não é acompanhado por essa sensação de controle. Graduando as ações inconscientes, distinguem-se os atos reflexos, instintivos e automáticos. Atos reflexos são impulsos nervosos involuntários normalmente associados à defesa do organismo. Não há nenhum controle da consciência na execução dos movimentos físicos correspondentes. Aproximo-me da churrasqueira para conferir o ponto da carne e encosto a mão inadvertidamente num espeto quente. A simples percepção do calor na mão é suficiente para desencadear a ordem do cérebro no sentido de afastá-la rapidamente. Os atos reflexos podem ser

⁴² LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica: horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 293.

⁴³ Ibidem, p.78.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Volume 2. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 183.

⁴⁵ Ibidem, p. 612.

condicionados em razão de experiência direta, mas não aprendidos a partir de aquisição de conhecimentos racionais.

A ação, fato gerador da responsabilidade civil, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa, funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais⁴⁶.

3.2 DANO

Esclarece Aguiar Dias⁴⁷ que "não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há que reparar."

Fernando Noronha⁴⁸, conceituando o dano:

Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

Sobre a definição de dano, Sérgio Cavalieri Filho⁴⁹ afirma:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

O dano pode surgir tanto em atividade disciplinada por um contrato, daí a chamada responsabilidade contratual, como em atividade independentemente de qualquer ajuste com o prejudicado, sendo esta a responsabilidade extracontratual⁵⁰.

⁴⁶ DINIZ, 2005, p. 44.

⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 713.

⁴⁸ Ibidem, p. 473.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. rev. e ampl. Atlas, São Paulo, 2012, p.70,

No caso da atividade médica, o dano é o resultado prejudicial advindo da ação ou da omissão do médico. Por imperícia, imprudência ou negligência, o profissional pode colocar a saúde do paciente em risco, variando aquele dano desde uma pequena lesão, uma perturbação de qualquer etiologia, até a morte⁵¹.

3.3 NEXO CAUSAL

O nexo causal é um dos pressupostos da responsabilidade civil. É a relação de causa e efeito entre a ação e omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo causar, utilizado no artigo 186 do Código Civil. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, e tal sorte que esta é considerada sua causa. Se houver dano, mas a sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade, bem como a obrigação de indenizar⁵².

Nexo causal é o liame entre a conduta do agente e o dano. É por meio dessa relação de causalidade que se pode concluir quem fora o responsável pelo dano, sendo o elemento indispensável para a verificação da responsabilidade civil. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Logo, se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo de causalidade que o conecte ao responsável, não haverá a responsabilização civil. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito⁵³.

Para Nehemias Domingos de Melo⁵⁴:

É a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento sem o qual, na ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretenda interpor qualquer ação de responsabilidade civil.

⁵⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010, p.141.

⁵¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 48.

⁵² GONÇALVES, 2010, p. 54.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

⁵⁴ Ibidem, p. 46.

Para Regina Beatriz Tavares da Silva⁵⁵:

O dano na área da saúde está regulado no art. 951 do Código Civil, que manda aplicar os arts. 948, 949 e 950⁵⁶ do mesmo diploma legal àquele que, no exercício de sua atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causa a morte do paciente ou agrava-lhe o mal, causa-lhe lesão ou inabilita-o para o trabalho.

A conduta do agente deve ser apreciada para qualificação da ofensa ao direito alheio. Não é toda violação de preceito legal que constitui ato ilícito, ainda quando produz lesão ao direito subjetivo de outrem. O que faz da violação um delito civil é o fato de ter sido culposo o ato lesivo⁵⁷.

3.4 CULPA

A responsabilidade civil do médico é regida pelas regras que, em nosso ordenamento jurídico regem a responsabilidade civil em geral. Portanto, em regra, está sujeita ao regramento da responsabilidade civil pela teoria da responsabilidade subjetiva (teoria da culpa)⁵⁸.

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. O artigo 186 do Código Civil prevê que a ação ou omissão do agente, seja voluntária, ou que haja, pelo menos, negligência ou imprudência.

Segundo Nehemias Domingos de Melo⁵⁹:

No que concerne à responsabilização dos médicos, o vetusto Código Civil de 1916, já continha expressa previsão desta responsabilidade com base na culpa (art. 1.545). Repetindo a fórmula, o novo Código Civil exige, para a

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal, fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. a prova.** In: **Responsabilidade civil na área da saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009. Série GV Law, p.26.

⁵⁶ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

⁵⁷ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil.** Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito: Forense, 2011, p. 67.

⁵⁸ SOUZA, 2008, p. 63.

⁵⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Erro médico e dano moral: como o médico poderá se prevenir?** Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre: Magister, nº 18, dez./jan. 2008.

responsabilização do médico, a demonstração de um dos três pressupostos da culpa: imprudência, negligência ou imperícia (CC, art. 951). Neste particular aspecto, deve ser rememorado que o Código de Defesa do Consumidor, também se aplica às relações de prestação de serviços, nele incluído as atividades dos médicos, cuja aferição da responsabilidade estará também ligada à comprovação da culpa, tanto nas relações contratuais quanto extracontratuais (Lei nº 8.078/90, art. 14, § 4º).

A culpa *stricto sensu* ou aquiliana abrange a imprudência, a negligência e a imperícia.

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos: risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. A responsabilidade do médico é calcada a culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência)⁶⁰.

Do fato da responsabilidade civil do médico ser, em regra, subjetiva, sendo uma obrigação de meio (conforme será explorado no tópico seguinte), decorre que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade, há que atender a algumas normas. 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, atento à possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta.; Por fim, 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 mediato⁶¹.

3.4.1 Negligência

A negligência consiste em uma conduta omissiva; é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, por exemplo, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira, por desídia⁶².

—

⁶⁰ KFOURI NETO, 2013, p. 90.

⁶¹ DIAS, p. 334.

⁶² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 205.

Para Genival Veloso de França, a negligência médica resulta de um ato omissivo do médico, caracterizado pela inação, indolência, inércia e passividade do médico, comparado ao abandono do paciente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro, a prática ilegal por estudantes de medicina que acarreta a responsabilidade do médico responsável pelo estágio, entre outras práticas⁶³.

Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente⁶⁴.

São exemplos de negligência o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de atendimento especializado; o médico que deixa de atender pessoalmente o paciente internado em hospital, limitando-se a prescrever-lhe medicamentos; o médico neurologista que dá alta a paciente que sofreu acidente doméstico com pancada na cabeça, receitando-lhe analgésicos, sendo que o paciente volta com dor; quando o médico manda simplesmente enfaixar sua cabeça e o paciente morre após três dias por traumatismo craniano. E, ainda, exemplifica-se com médico ortopedista que engessa pessoa acidentada e portadora de fratura exposta, sendo que esse procedimento somente é adequado para fratura fechada. Por fim, exemplo de negligência é de médico que dá por encerrada cirurgia de escoliose em paciente, após ter recebido notícia do falecimento de seu sogro, sendo que a paciente em razão do encerramento precoce ficou com paraplegia irreversível⁶⁵.

3.4.2 Imprudência

Imprudência consiste na realização de um ato sem cautela, sem a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. Caracteriza-se quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo, atuando contra as regras básicas de cautela⁶⁶.

—

⁶³ FRANÇA. Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 283.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 38.

⁶⁵ SILVA, 2009, p. 40.

⁶⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 205.

Para Sérgio Cavalieri Filho⁶⁷, “A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal.”

Pode-se ainda afirmar que imprudência consiste na precipitação, na falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato. É uma modalidade de culpa por ação, quando o médico faz o que não devia, seja por uma má avaliação dos riscos, por impulsividade, por falta de controle e, até, por leviandade⁶⁸.

Para Cesar Fiúza⁶⁹:

Imprudência é irresponsabilidade, é risco excessivo e desnecessário, cujas consequências nefastas não são visualizadas, mas deveriam sê-lo. Vê-se que a imprudência se aproxima muito do dolo eventual, dele se diferenciando, entretanto, pela falta de consciência em relação às consequências. Quem ultrapassa a 120 km/h em curva, age com imprudência. Policial que, ao socorrer emergência, resolve, por si mesmo, fazer cesariana em parturiente, sem ter jamais pisado escola de medicina, também age com imprudência. Em ambos os casos, os agentes contam com sua destreza e com a sorte favorável.

São exemplos de imprudência o cirurgião que, embora seja notável, emprega técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, ao invés de utilizar procedimento habitual, ou quando ocorre realização de histerectomia total, sem realização de exame prévio que pudesse constatar a gravidez, em mulher que estava grávida e perde por isso o feto⁷⁰.

3.4.3 Imperícia

Por fim, a imperícia é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte⁷¹. Esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão⁷², ou quando um médico que desconhece que determinado medicamento pode produzir reações alérgicas, não obstante essa eventualidade estar cientificamente comprovada.

—

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 38.

⁶⁸ GIOSTRI, 1998, p. 44.

⁶⁹ Ibidem, 2008, p. 75.

⁷⁰ SILVA, 2009, p. 41.

⁷¹ GONÇALVES, 2010, p. 317/318.

⁷² Ibidem, 2012, p. 206.

Fábio Ulhoa Coelho⁷³, ao conceituar a imperícia:

É a culpa não intencional no desempenho de profissão ou ofício. Difere-se da negligência ou imperícia por pressupor uma habilidade especial, formação superior ou mesmo conhecimento técnico ou específico do agente culpado. O dentista que não obtura adequadamente a cárie é imperito, por exemplo. A imperícia não foi referida especificamente na lei civil brasileira, que menciona unicamente as hipóteses de negligência e imprudência na configuração do ato ilícito (CC, art. 186).

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violado um direito (subjetivo) de outrem ou infringido uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil⁷⁴.

São exemplos de imperícia o médico que se aventura em realizar cirurgia, sem esperar o anestesista, aplicando ele mesmo a anestesia, bem como do médico sem especialização para realizar cirurgia plástica, que se aventura em operar uma mulher para redução de mama⁷⁵.

4 DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

A respeito da natureza contratual da relação médico-paciente, diz Fabrício Zamprogna Matielo⁹²:

Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.

Muito já se discutiu se a prestação dos serviços médicos seria contratual ou extracontratual. Discussão que não mais existe, pois não há mais dúvida quanto à questão: a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de

⁷³ Ibidem, p. 621.

⁷⁴ GONÇALVES, 2010, p. 314.

⁷⁵ SILVA, 2009, p. 41.

⁹² MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p 42.

um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios⁹³.

Conforme afirma Miguel Kfoury Neto⁹⁴: “Apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu*”.

Para José de Aguiar Dias⁹⁵:

A responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação pelo Código Civil de 2002 no capítulo relativo à “obrigação de indenizar” que, como vimos, em nada inovou em relação ao antigo capítulo “dos atos ilícitos” do Código de 1916 nesse particular, já que inicia o art. 927 do novo Código referindo-se apenas àqueles que, por atos ilícitos, causam dano a outrem. Aliás, como dissemos, ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial.

Neri Tadeu Camara Souza⁹⁶ conceitua a relação contratual como “aquela que se estabelece entre as partes baseada na autonomia da vontade de ambas. Decorre de uma convenção das partes, tornando-se lei entre elas aquilo que for acordado pelas mesmas.”

É um contrato *intuito personae*, ou seja, um ato de confiança para as duas partes e, em especial, em relação à escolha do médico pelo paciente. Mas também ao médico é dada a liberdade de escolher seus pacientes, já que lhe é lícito aceitar ou rejeitar um caso, seja por motivo de ordem pessoal ou em razão de especialidade⁹⁷.

Para Fabrício Zamprogna Matielo⁹⁸, o contrato possui forma livre, obrigações recíprocas e pode ser rescindido a qualquer momento:

Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma, como visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a ministração deste ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessários e estiverem razoavelmente disponíveis.

—

⁹³ Ibidem, p.75.

⁹⁴ Ibidem, p. 58.

⁹⁵ Ibidem, p. 329.

⁹⁶ Ibidem, p. 64.

⁹⁷ GIOSTRI, 1998, p.65.

⁹⁸ Ibidem, p. 46.

Para José de Aguiar Dias⁹⁹:

“Mas a responsabilidade do médico é contratual apenas em casos em há convenção, o que não importa exigir estipulação escrita: o chamado, seguido da visita, já estabelece o contrato, seja diretamente com o enfermo, seja com pessoa de sua família ou qualquer outra, estipulando por terceiro, no caso, o doente. Daí considerar-se delitual a ação que cabe aos membros da família, que não estipularam e vieram, com a morte do parente, a ter prejuízo. Delitual é também a ação quando, na ausência de qualquer contrato, o médico age com imperícia ou negligência no tratamento, ou o recusa a pessoa em perigo eminente. Todavia, somos de opinião que o caráter delitual da responsabilidade, no caso, não impede a invocação das regras contratuais, o que é sustentado por Savatier, em relação ao direito francês, salvo quanto à prescrição e competência.

A responsabilidade civil de que trata o artigo 951 do Código Civil é contratual. No campo contratual, a classificação das obrigações de meio e de resultado, direciona a prova da culpa: nas obrigações de meio caberia ao paciente provar a culpa do médico, e nas obrigações de resultado se presumiria a culpa do médico, as duas espécies de obrigações serão analisadas nos próximos tópicos.

Por fim, excepcionalmente, existem situações que, devido à sua peculiaridade, acabam modificando a natureza jurídica da prestação de serviços médicos para o terreno da extracontratualidade, conforme será demonstrado em tópico apropriado (4.1.3).

4.1 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE – DA OBRIGAÇÃO DE MEIO

As obrigações decorrentes dos contratos entre médicos e pacientes dividem-se em obrigações de meio e de resultado. Em regra geral, a obrigação do médico terapeuta é de meio, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁰:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL MEDIANTE A COLOCAÇÃO DE PRÓTESE PENIANA - COMPLICAÇÕES NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO QUE CONDUZIRAM AO QUADRO DE GRAVE INFECÇÃO (SÍNDROME DE FOURNIER) E A NOVA CIRURGIA (QUINZE DIAS APÓS À PRIMEIRA) PARA REMOÇÃO DO TECIDO NECROSADO - TRIBUNAL A QUO QUE COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS DECLAROU NÃO CONFIGURADA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, **de modo geral, obrigação de meio**, salvo

⁹⁹ Idem, 2006. p. 333/334.

¹⁰⁰ REsp 1046632/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 13/11/2013.

em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. Precedentes. (...) 4. Recurso especial não provido. (REsp 1046632/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 13/11/2013).

A obrigação de meio pode ser definida como toda aquela em que o médico, ao assistir o paciente, assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, utilizando-se de todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sem se comprometer com a obtenção de um determinado resultado. O médico, em regra, assume uma obrigação de meios¹⁰¹.

Nestes casos, o ônus é do paciente, que deve demonstrar que o médico agiu com dolo, negligencia, imprudência ou imperícia.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁰²:

A obrigação dos médicos, neste cenário, só pode ser de *meio*, e não de *resultado*. Com efeito, mesmo usando os instrumentos de diagnose mais avançados, empregando corretamente as técnicas mais aprimoradas, prescrevendo com precisão as terapias e medicamentos mais desenvolvidos, a enfermidade pode não ser curada. Soluções plenamente eficazes no tratamento de pacientes com o mesmo mal podem não surtir igual efeito numa pessoa determinada. É humanamente impossível, portanto, obrigar o médico pelo resultado. Obriga-se ele simplesmente a adotar os procedimentos recomendados pela medicina com o maior zelo e dedicação profissional, informando o paciente sobre os benefícios e riscos da terapêutica indicada. O resultado pretendido — a cura da enfermidade — está fora do alcance do mais capacitado profissional médico.

Em contrato com obrigações de meio, em regra, a culpa do médico deve ser provada pelo paciente lesado, que deverá demonstrar que o médico agiu com dolo, negligencia, imprudência ou imperícia¹⁰³.

4.2 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE – DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A obrigação será de resultado quando o médico se comprometer a atingir um resultado específico, como, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar certa visita. Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independentemente das suas razões, cabendo ao devedor provar o caso

—
¹⁰¹ AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 138.

¹⁰² Ibidem, p. 644/645.

¹⁰³ SILVA, 2009, p. 30.

fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade. Enquanto que na obrigação de meios, o paciente deverá provar a conduta ilícita do médico, que não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato¹⁰⁴.

Conforme Flávio Tartuce¹⁰⁵:

Na obrigação de resultado ou de fim, a prestação só é cumprida com a obtenção de um resultado, geralmente oferecido pelo devedor previamente. Aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva) ou por culpa presumida, conforme já entendiam doutrina e jurisprudência muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Assumem obrigação de resultado o transportador, o médico cirurgião plástico estético e o dentista estético.

Conforme Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁰⁶:

Em contrato com obrigações de resultado, a culpa do devedor, que se obrigou a atingir um objetivo, é presumida, bastando ao lesado provar que a finalidade do contrato não foi alcançada. Já que tal presunção é relativa e não absoluta, faculta-se ao lesante demonstrar que não agiu com culpa, isto é, que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, como, por exemplo, cirurgia estética rejuvenescedora e anestésias. O que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado, será o médico considerado inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva, restando ao devedor demonstrar que não atingiu os objetivos estipulados por total impossibilidade objetiva¹⁰⁷.

4.3 A NATUREZA EXTRACONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Existem situações nas quais a responsabilidade não deriva de um contrato entre médico e paciente. Não há um liame jurídico entre as partes, mas somente uma voluntariedade por parte do profissional, até que o ato do agente ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar, como no caso de um médico que atende alguém desmaiado na rua. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele. Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor

¹⁰⁴ AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 138.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 234/235.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 30.

¹⁰⁷ SCHAEFER, 2002, p. 38.

tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga¹⁰⁸.

A responsabilidade extracontratual surge da lesão de um direito subjetivo, sem que exista uma relação jurídica contratual entre as partes.

Nas palavras de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza¹⁰⁹:

Não se pode olvidar, todavia, que existe a possibilidade de haver responsabilidade médica sem origem no contrato, vale dizer, sem vínculo preexistente, escrito ou verbal. É o caso, por exemplo, do médico que socorre alguém que esteja inconsciente na rua, ou mesmo em outro lugar. Evidentemente que este paciente não teve qualquer ato volitivo no sentido de ser atendido e tratado por este ou aquele médico e, por via de consequência, não há de se falar, in casu, em contrato. Não obstante esta possibilidade, a natureza jurídica da relação médico/paciente, via de regra, é contratual.

No mesmo sentido Vera Maria Jacob de Fradera¹¹⁰:

Em certas circunstâncias, contudo, e, tendo em vista algumas especialidades, a natureza da responsabilidade médica poderá ser de natureza extracontratual ou aquiliana, quando na ausência de contrato, aja o médico com negligência ou imperícia, no tratamento, ou o recuse à pessoa em situação de perigo iminente ou, ainda, em se tratando de menor, responsáveis não se tenham manifestado a respeito do tratamento ou dado consentimento para determinado ato cirúrgico.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹¹¹:

(...) na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Logo, quanto à prova, caberá ao autor da ação provar a existência da imprudência, negligência ou imperícia do agente causador do dano. Assim, se a culpa não for demonstrada, o médico não será responsável pela indenização, representando assim, uma maior dificuldade de prova ao lesado, diante da ausência de contrato.

De se frisar, contudo, que, em regra geral, a relação jurídica entre médico e paciente é de natureza contratual, podendo, apenas excepcionalmente, ter natureza extracontratual.

—
¹⁰⁸ Ibidem, p. 84/85.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 28.

¹¹⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Responsabilidade Civil dos Médicos. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1992, v.55, p.120.

¹¹¹ Ibidem, p. 80.

5 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS MÉDICOS.

O Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC¹¹²), elaborado pela lei nº 8.078/90, por expressa determinação constitucional (art. 48, ADCT¹¹³), assegura que, sempre que houver uma relação de consumo, a lei a ser aplicada será a lei consumerista, não importando tratar-se de relação contratual ou extracontratual, isto porque as regras principiológicas do Código de Defesa do Consumidor hão de permear todo o sistema jurídico vigente para assegurar a sua prevalência frente a qualquer outra norma que com ela colida¹¹⁴.

Com o advento do Código Consumerista, restaram classificados os pacientes como consumidores (art. 2º, *caput*, CDC¹¹⁵) para quem é prestado um serviço, e os médicos são fornecedores que desenvolvem atividades de prestação de serviços (art. 3º, CDC¹¹⁶), sendo o ato médico uma prestação de serviços remunerada. Logo, pode-se concluir que são perfeitamente aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre médico e paciente, tendo sempre em vista que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, dependendo da efetiva comprovação de culpa (art. 14, §4º, do CDC¹¹⁷).

Nesse sentido, afirma Fabrício Zamprogna Matielo¹¹⁸:

A prática da Medicina é incluída, modernamente, no rol daquelas que se prestam à incidência da Lei nº 8078/90, porque os profissionais liberais em geral são realmente prestadores de serviços, independentemente da área de atuação escolhida. Já no art. 2º da mencionada Lei tem-se a seguinte definição: 'Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. O art. 3º, § 2º, afirma:

—

¹¹² Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹¹³ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹¹⁴ MELO, 2014, p.10.

¹¹⁵ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹¹⁶ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹¹⁷ 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹¹⁸ Ibidem, p. 77.

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...). Ora, *despiciendo* arvorar-se em maiores elocubrações para concluir pelo enquadramento da atividade objeto do contrato médico como prestação de serviços sujeita, no que autorizado, aos ditames contidos no estatuto protetivo. De outra parte, igualmente inequívoca a condição de consumidor assumida pelo paciente a partir do advento da normatização ora em estudo.

Para Genival Veloso de França¹¹⁹:

Na linguagem deste Código, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividade de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício.

Sobre os direitos assegurados no Código Consumerista¹²⁰:

Em face de seu caráter protecionista, o Código do Consumidor não se limitou a conceituar o consumidor tão somente como destinatário final de produtos, criou outras figuras, tais como o consumidor por equiparação (art. 2º, parágrafo único, artigos 17 e 29), o consumidor vulnerável (art. 4º, I), o consumidor carente (art. 5º, I), o consumidor hipossuficiente que pode vir a ser beneficiário da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e o consumidor que necessita da proteção do Estado, ao assegurar o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6º, VII).

5.1 A PROVA DA CULPA DO PROFISSIONAL LIBERAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O outrora comentado artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu § 4º, exige a verificação da culpa do médico, para sua responsabilização civil, em caso de dano ao paciente em sua atividade profissional.

Conforme justifica Viviane Coêlho de Séllos¹²⁴:

A diversidade de tratamento para os profissionais liberais pelo CDC se justifica em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. Significa isto que, contratar ou constituir serviços de profissional liberal, se faz com base na confiabilidade e prestígio dispensados pelo consumidor contratante ao profissional contratado. E pelo fato de ser o cliente quem escolhe o profissional liberal de quem irá contratar serviços, só se responsabilizarão por danos os profissionais liberais a partir da apuração de sua culpa.

A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias

¹¹⁹ Ibidem, p. 56.

¹²⁰ MELO, 2014, p.11.

¹²⁴ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. **Responsabilidade do Profissional Liberal pelo Fato do Serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 10, p. 144-162, abr/jun. 1994.

do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Não é necessário que a culpa do médico seja grave, basta que seja certa¹²⁵.

Para Hildegard Taggesell Giostri¹²⁶:

A responsabilidade civil do médico, pois, não resulta de mera falha no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. É imprescindível tenha ele obrado com culpa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência. E aí não importa o problema da natureza da responsabilidade: contratual ou aquiliana, a culpa é imprescindível.

[...]

A prova do ilícito, especialmente da culpa, é obviamente indispensável. E como se cuida de matéria essencialmente técnica, também é óbvio que deva ser pericial.

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao tratar da prova da culpa nas diferentes modalidades de responsabilidade, afirma que “na responsabilidade objetiva bastará a comprovação da ação, do nexa causal e do dano. Por outro lado, na responsabilidade subjetiva o conjunto probatório envolve, além desses pressupostos, a culpa do lesante, seu dolo, ou sua negligência, sua imprudência ou sua imperícia¹²⁷”.

Este foi o entendimento do Ministro Carlos Fernando Mathias, no julgamento do REsp 236.708/MG¹²⁸, assim ementado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

(...)

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

—

¹²⁵ KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica n. 170, p. 113-128.

¹²⁶ Ibidem, p. 221.

¹²⁷ Ibidem, p.24.

¹²⁸ REsp 236.708/MG, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 236.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009).

No mesmo sentido Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹²⁹:

A diferença fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes; na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meios.

Para Silvio de Sálvio Venosa¹³⁰:

Na sistemática do consumidor, a novel orientação legal, mantendo a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, mas admitindo a responsabilidade objetiva para o fornecedor de serviços, nem sempre apresentar-se-á na prática isenta de dúvidas. O balizamento da responsabilidade objetiva da obrigação de meio é tarefa de maior complexidade. Presente essa responsabilidade objetiva, ao tutor da conduta cabe unicamente isentar-se da indenização, se provar que a diligência foi empregada, não existindo defeito na prestação do serviço, ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, §3º). A alegação de caso fortuito ou força maior deve levar em conta essas disposições. Na sistemática do consumidor, o paciente assume a posição de consumidor dos serviços médicos. Mantém-se, em princípio, a responsabilidade individual do profissional liberal. Apenas os profissionais liberais, como enfatizado, terão suas condutas apuradas segundo os princípios da culpa no CDC. (art. 14, §4º).

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da

—

¹²⁹ Ibidem, p. 141.

¹³⁰ Ibidem, p. 156/157.

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 incriminado¹³¹.

5.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A culpa médica, pelas características que se revestem na sua consecução, na maioria dos casos concretos, é de difícil comprovação, sendo decisiva para a responsabilização civil do médico.

Prevalece na legislação brasileira a regra geral de que o ônus da prova incumbe a quem alega, seja no que diz respeito ao fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou mesmo extintivo de um direito (CPC, art. 333), em completa fidelidade com o princípio dispositivo pelo qual é das partes a iniciativa de movimentação da máquina judiciária¹³².

O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial privilegiado; apenas os excluiu do sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Logo, como fornecedores de serviços que são, estão subordinados a todos os demais princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, entre os quais a inversão do ônus da prova, mas apenas nos casos em que assumem obrigação de resultado¹³³.

Sobre a inversão do ônus da prova diz Miguel Kfoury Neto¹³⁴:

Estipula o Código de Defesa do Consumidor, por seu art. 6º, VIII, a facilitação do consumidor na defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele, consumidor, hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Assim, fica novamente ao prudente arbítrio do magistrado a definição e o momento da inversão do ônus da prova.

—

¹³¹ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 404.

¹³² MELO, 2014, p. 199.

¹³³ Idem, 2012, p. 410.

¹³⁴ Ibidem, p. 59.

Novamente, nada se excepciona no texto legal, sendo sua decisão baseada nas regras ordinárias da experiência, definitiva.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho¹³⁵:

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 Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova, 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 Néelson Nery Jr. ("Princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", Direito do Consumidor 3/5, setembro-dezembro/92).

O momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos, a fase posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. Não vemos qualquer sentido, diante da norma do Código de Defesa do Consumidor, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes¹³⁶.

No mesmo sentido Nehemias Domingos de Melo¹³⁷:

"Entendemos que o momento mais adequado para a prolação da decisão que aprecia a inversão do ônus da prova é o do saneador, isto porque é neste momento que o juiz irá apreciar a regularidade do processo, decidindo questões processuais pendentes. Além disso, irá fixar os pontos controvertidos e avaliar a necessidade de realização de provas e determinar os meios pelas quais as mesmas devem ser produzidas (CPC, art. 33, §2º). Além do mais, em prestígio ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é de rigor conceder à parte, a quem incumbe provar, a oportunidade para a sua realização."

Por fim, Octávio Luiz Motta Ferraz¹³⁸ afirma que:

Pode-se concluir, assim, que a inversão da prova do defeito estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é não só justificada, como constitui uma das inovações principais e mais significativas introduzidas no regime da responsabilidade civil em benefício do consumidor. De fato, além de promover um escrutínio mais rigoroso na atividade do fornecedor, que fica obrigado a discutir abertamente as características de seus produtos e

—

¹³⁵ Ibidem, p. 410.

¹³⁶ RIZZATTO, 2000, p.242.

¹³⁷ Ibidem, p. 243.

¹³⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil na atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 48.

serviços que venham a causar danos aos consumidores, aumenta a probabilidade de o fornecedor responder por danos efetivamente causados por defeitos, e aloca o risco dos chamados danos autônomos, que não se consegue demonstrar se resultaram de defeito ou não, àquele que possuía as melhores condições para fazer essa demonstração.

Assim, como já mencionado, o médico é um prestador de serviço e, como tal, está sujeito às normas consumeristas, logo, ainda que sua responsabilidade seja subjetiva, sempre existirá a possibilidade do juiz determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII da Lei nº 8.078/90), o que, em tese, facilitaria a defesa do ofendido que, em sendo assim, precisaria identificar o causador do dano, demonstrar o dano e o nexo causal, estabelecendo-se uma presunção de culpa a ser ilidida pela contraprova a ser produzida pelo profissional médico¹³⁹.

5.3 DA NÃO INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Assumindo como premissa que a relação do médico com o paciente seria uma relação de consumo, em tese, caberia a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, prevista no *caput* do artigo do código consumerista, que assim dispõe:

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.

Porém, excepcionalmente, o Código de defesa nos traz, no parágrafo 4º do artigo 14, que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, por falhas na prestação de serviços, deve ser fixada mediante a apuração de culpa (art. 14, §4º). Assim, a responsabilidade, constituindo-se em exceção à regra ínsita na lei consumerista, será subjetiva.¹⁴⁰

O profissional liberal é o prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera. Dentre estes se pode enquadrar o médico (com algumas exceções), o advogado, o

—

¹³⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Erro médico e dano moral: como o médico poderá se prevenir?** Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre: Magister, nº 18, dez./jan. 2008.

¹⁴⁰ MELO, 2014, p.13.

engenheiro, o dentista e o arquiteto. Verifica-se, assim, que somente o profissional que age em nome próprio pode se beneficiar da exceção legislativa do Código de Defesa do Consumidor – responsabilidade subjetiva - não se podendo estender tal preceito às pessoas jurídicas às quais estejam vinculadas ou prestem serviços¹⁴¹.

Nesse sentido Viviane Coêlho de Séllos¹⁴²:

Importa aclarar que tal excepcionalidade não vem para introduzir em nosso sistema a irresponsabilidade do profissional liberal, nem excluí-lo da vigência de nosso Código.

Isso só ocorre em face da natureza *intuitu personae* dos seus serviços ou da livre escolha do consumidor pelo profissional em que tenha maior ou menor confiança.

É o que nos explica a doutrina. A diversidade de tratamento para os profissionais liberais pelo Código de Defesa do Consumidor se justifica em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais.

Significa isto que, contratar ou constituir serviços de profissional liberal, se faz com base na confiabilidade e prestígio dispensados pelo consumidor contratante ao profissional contratado.

E pelo fato de ser o cliente quem escolhe o profissional liberal de quem irá contratar serviços, só se responsabilizarão por danos os profissionais liberais a partir da apuração de sua culpa.

Desta forma, à luz do ordenamento jurídico atual, a responsabilidade objetiva não atinge os profissionais liberais, como os médicos - por expressa determinação legal (art. 951, do CC, e art. 14, §4º, do CDC). Aos médicos, profissionais liberais, aplicam-se as regras de responsabilidade subjetiva, mediante aferição do comportamento culposo. *De lege lata*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos¹⁴³.

5.4 DEVER DE INFORMAÇÃO

O direito à informação é previsto no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁴, que prevê, entre os direitos básicos do consumidor, a informação adequada e clara sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentem. É o chamado consentimento informado, considerado hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.

—

¹⁴¹ Idem, 2014, p.13.

¹⁴² Ibidem, 1994.

¹⁴³ KFOURI NETO, 2013, p, 236.

¹⁴⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012).

O referido direito está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do serviço prestado. Esse princípio é detalhado no *caput* do art. 31, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁵, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança do cliente/consumidor. Abrange o dever de se informar ao cliente do progresso da ciência e sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a mais completa anamnese¹⁴⁶.

Sobre a anamnese, afirma Zamproga Matielo¹⁴⁷:

Saber conduzir o primeiro contato a bom termo é tão importante quanto o tratamento propriamente dito, eis que as bases investigatórias formadas é que dirão da opção por um dos vários caminhos que normalmente se apresentam como viáveis na busca da cura ou de melhores condições de vida para o paciente. A conjunção de diversos fatores é que levarão ao que se chama diagnóstico.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho¹⁴⁸:

Ora, se o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais dever do prestador de serviços médicos – dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Para Miguel Kfoury Neto¹⁴⁹: “A informação parte de um pressuposto inafastável: que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado.”

Dessa forma, cumpre ao médico, explicar ao paciente a natureza da moléstia e todos os riscos do tratamento/terapia. Dever explicar as consequências normais da conduta. Trata-se de um comportamento de *bonus pater familiae* aplicado à atividade médica. Essa informação não deve ser de forma a desencorajar ou desesperar o paciente, fazendo com que nem sempre este possa ser informado

—
¹⁴⁵ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁴⁶ GONÇALVES, 2010, p. 259.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 96.

¹⁴⁸ Ibidem, pg. 411.

¹⁴⁹ KFOURI NETO, 2013, p. 289.

diretamente da gravidade do seu estado, situação na qual a informação deverá ser prestada aos parentes ou pessoas próximas¹⁵⁰.

Ou seja, é obrigação do fornecedor oferecer informação clara e suficiente acerca do produto ou serviço, com todas as especificações necessárias para o pleno entendimento, a fim de evitar abusos e lesão ao consumidor.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Nas palavras de Delton Croce¹⁵¹:

(...) Denomina-se responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na órbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato.

Conforme afirma Miguel Kfoury Neto¹⁵²: “Apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu*”.

Excepcionalmente, existirão situações em que a relação entre o médico e o paciente não terá origem no contrato, como no caso, do médico que socorre alguém que esteja inconsciente na rua, ou mesmo em outro lugar. Dessa forma, tendo em vista sua inconsciência, inexistiu vontade na contratação do profissional, faltando o elemento volitivo, impossível se falar em relação contratual. A extracontratualidade, porém, não retira do profissional o dever de reparar o dano, caso provoque dano, decorrente de atuação culposa ou dolosa¹⁵³.

A responsabilidade civil médica encontra-se prevista no artigo 951 do Código Civil, e no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, em regra geral, subjetiva, devendo ser apurada mediante a verificação da culpa.

A Obrigação do profissional de medicina, em sede terapêutica, é de meio. Dessa forma, o profissional deve atuar dentro dos padrões de segurança e ética da

¹⁵⁰ VENOSA, 2012, p. 147.

¹⁵¹ Ibidem, p.3.

¹⁵² KFOURI NETO, 2013, p. 58.

¹⁵³ COUTO FILHO; SOUZA, 1999, p. 28.

medicina, empregando todos os meios possíveis para a produção do resultado pretendido.

Segundo Rui Rosado de Aguiar¹⁵⁴:

A obrigação é de meios, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios.

Sendo a obrigação de meio, sua consequência é a atribuição de responsabilidade subjetiva ao médico causador de dano ao paciente, somente quando este tenha decorrido do não emprego da melhor técnica disponível. Nestes casos, é exigida a culpa do profissional. Sobre a responsabilidade do profissional da medicina, necessário destacar a lição de Sérgio Cavalieri Filho¹⁵⁵:

A obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Antonio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência. Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico, conforme preceitua o art. 1.545 do CC, ainda em perfeita consonância com o disposto no Código do Consumidor, art. 14 §4º."

Não obstante, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09), em seu Capítulo III, dispõe que a responsabilidade civil do médico é subjetiva:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.
Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida".

Daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova. Ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa, a teor do estatuído no art. 951 do Código Civil.

É de se ver, ainda, que não obstante ser o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 4º do seu art. 14, abriu uma única exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido.

—

¹⁵⁴ Ibidem p. 139.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 273.

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, por falhas na prestação de serviços, deve ser fixada mediante a apuração de culpa, é o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º). Assim, a responsabilidade é subjetiva, constituindo-se em exceção à regra ínsita na lei consumerista¹⁵⁶.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. FRATURA DE COLO DE FÊMUR. ARTOPLASTIA DO QUADRIL ESQUERDO. MORTE DO PACIENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 2. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 3. Defeito na prestação do serviço evidenciado pela submissão de paciente idoso, que sofrera fratura do colo do fêmur, a complexo procedimento cirúrgico de implantação de prótese que, na simples passagem da mesa operatória para a maca, foi deslocada, tendo-se de reiniciar a cirurgia para implantar nova prótese de tamanho superior. 4. Morte do paciente idoso no dia seguinte aos atos cirúrgicos em decorrência da perda excessiva de sangue. 5. Caracterização do nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço médico e a morte do paciente. 6. Procedência do pedido de reparação dos danos morais. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1410960 RJ 2012/0099605-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015).

Assim, não importa se houve ou não um contrato prévio, o dever de agir com perícia é próprio da função da atividade profissional do médico.

Por fim, insta ressaltar assim como leciona Gustavo Tepedino¹⁵⁷:

Em qualquer circunstância e acima de qualquer outro interesse - pecuniário, profissional ou mesmo científico - deve o médico zelar pela integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, expressão da tutela constitucional incluída no rol dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/88)." (p. 61)

Para que haja a responsabilização civil do médico, como já visto no capítulo relacionado à responsabilidade civil do médico, é essencial que o mesmo tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil¹⁵⁸. Porém, deve-se atentar que a imperícia não pode ser confundida com o erro escusável – ou erro profissional.

—

¹⁵⁶ MELO, 2014, p.13.

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. Editorial. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, São Paulo, v. 2, p. V-VI, 2000, p.61.

¹⁵⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nas observações de Ruy Stoco¹⁵⁹:

A primeira hipótese (erro profissional) contém o chamado erro escusável, ou seja, justificável quando se cuida de técnica conhecida, usual e aceita. A segunda hipótese (imperícia) contém o erro inescusável, ou não justificável, portanto, erro punível no plano civil e que impõe o dever de reparar.

O erro escusável – ou erro profissional - resta caracterizado quando o profissional, embora aplique adequadamente, toda a sua técnica corretamente e de acordo com as normas e ciências médicas, cause danos ao seu paciente¹⁶⁰.

No mesmo sentido Cavalieri Filho¹⁶¹:

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 médica 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 as circunstâncias do caso concreto.

Nesse quadro, erro escusável será aquele decorrente de falhas não inimputáveis ao médico e que dependam das contingências naturais e das limitações da medicina, bem como naqueles em que tudo foi feito corretamente, porém o doente havia omitido informações ou ainda quando ele não colaborou para o correto processo de diagnóstico ou de tratamento. Nesse caso o erro existe, porém será considerado intrínseco à profissão ou decorrente da natureza humana, não se podendo atribuir culpa ao médico¹⁶².

Ademais, conforme ensina Nehemias Domingos de Melo¹⁶³ “temos que partir da premissa de que o erro médico condenável é aquele que decorre de um desvio, fazendo supor uma falta de prudência ou diligência esperada para o caso concreto”.

O erro profissional, quando advindo das imperfeições da própria arte ou ciência, embora possa acarretar consequências e resultados danosos ou de perigo, não implicará, necessariamente, no dever de indenizar, desde que o médico tenha

—

¹⁵⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p.532.

¹⁶⁰ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.32.

¹⁶¹ Ibidem, p. 405.

¹⁶² MELO, 2013, p. 102.

¹⁶³ MELO, 2008, p. 84.

empregado correta e oportunamente os conhecimentos e regras atuais de sua ciência¹⁶⁴.

7 EXCLUDENTES DO DEVER DE REPARAR O DANO

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um dever legal. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil Ademais, é fundamental que se verifique a ausência de uma das causas eximentes da responsabilidade civil médica¹⁶⁵.

Dentre as situações em que a obrigação de reparar o dano é excluído, é a inexistência do defeito no serviço. Com efeito, basta que o médico, profissional liberal, demonstre que inexistente nexos de causalidade entre a sua conduta e o resultado, demonstrando que o dano advém de causas próprias do paciente ou resultante de fato da natureza, para que esteja afastado o dever de reparação. Outras causas de exclusão de responsabilidade que merecem destaque são o caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva, ou concorrente da vítima (hipótese de exclusão parcial de responsabilidade), o fato de terceiro e a iatrogenia.

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 236.708/MG, de relatoria do Ministro Carlos Fernando Mathias: “não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).¹⁶⁶”

7.1 CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR

O caso fortuito e a força maior estão expressamente previstas como excludentes de responsabilização civil do devedor, não havendo no código civil qualquer distinção entre os dois institutos, *in verbis*:

—

¹⁶⁴ ANIBAL, Bruno. **Direito penal**: parte geral, volume I, tomo 2º, Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 472.

¹⁶⁵ GONÇALVES, 2010, p. 314.

¹⁶⁶ REsp 236.708/MG, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

A responsabilidade civil médica encontra-se prevista no artigo 951 do Código Civil, e no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, em regra geral, subjetiva, devendo ser apurada mediante a verificação da culpa.

O caso fortuito e a força maior são consideradas excludentes da responsabilidade médica pelos danos causados ao paciente, porque quebram o nexo causal entre a conduta do médico e o evento lesivo advindo. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso¹⁶⁷.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁶⁸:

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, por exemplo, um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Já no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

Silvio Rodrigues lembra que¹⁶⁹:

A sinonímia entre as expressões caso fortuito e força maior, por muitos sustentada, tem sido por outros repelida, estabelecendo, os vários escritores que participam desta última posição, critério variado para distinguir uma da outra. Dentre as distinções conhecidas, Agostinho Alvim dá notícia de uma que a doutrina moderna vem estabelecendo e que apresenta, efetivamente, real interesse teórico. Segundo a referida concepção, o caso fortuito constitui um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior advém de um acontecimento externo.

O caso fortuito é inerente ao agir humano. Apesar de não prevista expressamente no Código de Defesa do Consumidor, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do médico, pois rompe o nexo de

—
¹⁶⁷ VENOSA, 2012, p. 53.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 346;

¹⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**, 30. ed. v.2, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional¹⁷⁰.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho¹⁷¹:

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. 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 o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade o é da força maior.

Entende-se por imprevisibilidade, conforme já assinalado (item 8.8), a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível.

Portanto, para caracterização do caso fortuito ou de força maior é preciso que o evento possa ser classificado como imprevisível, inevitável ou irresistível a qualquer esforço humano. Nesse cenário, sua ocorrência fará cessar a responsabilidade do médico de indenizar, não só pela quebra do nexo causal, como também pela própria exclusão da culpabilidade do agente, visto que não se poderia atribuir a ele *nem dolo nem culpa*¹⁷².

A intercorrência médica – ou complicação médica – espécie de caso fortuito, é o termo que define a ocorrência de um evento inesperado em um procedimento médico, que não poderia ser, em geral, previsto ou alertado ao paciente.

A intercorrência médica se consubstancia, como o próprio nome diz, num evento danoso, ruim para o paciente, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica, etc, não podendo ser considerada uma lesão iatrogênica. Todavia, se assim se considerar, não há que se falar em erro médico e, conseqüentemente, em dever de indenizar, exceto se esses resultados advierem de um ato negligente por parte do médico¹⁷³.

¹⁷⁰ REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010.

¹⁷¹ Ibidem, 72.

¹⁷² MELO, 2014, p. 59.

¹⁷³ COUTO FILHO; SOUZA, 1999, p. 35.

A intercorrência, ou complicação, é o aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não a mesma causa. Como exemplos de complicações, o caso do paciente arteriosclerótico, que tendo sido tratado de uma gangrena, falece de enfarte do miocárdio no dia da alta hospitalar¹⁷⁴.

Nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, desaparece o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano, de modo que não haverá obrigação de indenizar. Trata-se, portanto, de causa excludente da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual¹⁷⁵.

7.2 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

A culpa exclusiva de vítima encontra-se expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor como causa exonerativa da responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, nos casos de acidentes de consumo causados por produtos ou serviços, nos artigos. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II, *in verbis*:

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

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

(...)

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

(...)

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Se o dano ocorrer por culpa exclusiva da vítima, não ocorre a responsabilização civil do médico, uma vez que houve o rompimento do nexo

¹⁷⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. **A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal**: estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar. Coimbra: Almedina, 2013, p. 301.

¹⁷⁵ BDNIE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Atos unilaterais**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010, p. 411.

causal. A determinação do nexa causal é uma situação de fato a ser avaliada no caso concreto¹⁷⁶.

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti¹⁷⁷:

[...] Em primeiro lugar, o comportamento da vítima há de ser adequado à produção do resultado danoso. Coexistem, a princípio, a atividade do médico e as ações do paciente. Ambos, por óbvio, almejam a cura. No momento em que o enfermo adota procedimentos que agravam seu estado de saúde – ou impedem o pleno restabelecimento – interrompe-se o nexa causal que ligaria tais consequências à conduta do profissional da medicina. A extensão dessa participação culposa, muitas vezes, é de difícil identificação. [...].

Os exemplos mais comuns desta excludente são os casos em que o paciente não segue o tratamento prescrito ou os cuidados pós-operatórios recomendados pelo médico.

Pode-se visualizar melhor a excludente, a partir do exemplo citado por Hildegard Taggesell Giostri¹⁷⁸:

(...) se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve ao seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos, e aquele descumpra as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputados ao médico.

Outro bom exemplo é trazido pelos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷⁹:

Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente, ao suicida (vítima).

Na mesma linha a observação de Nehemias Domingos de Melo¹⁸⁰:

A culpa da vítima é uma das excludentes do dever de indenizar. Não poderia ser de outra forma. Se o agente em nada contribuiu para a ocorrência do evento, tendo sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, não há falar-se que exista nexa entre o resultado lesivo e a ação praticada.

¹⁷⁶ VENOSA, 2012, p. 53.

¹⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis *apud* LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**: em busca de um paradigma bioético para o Direito Civil. São Paulo: LED, 1997.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 200.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.184.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 57.

Como se vê, a culpa exclusiva do paciente pela ocorrência da lesão, por ser alheia à conduta do profissional da saúde, exonera-o da responsabilização civil.

7.2.1 Da culpa concorrente da vítima

A culpa concorrente encontra-se expressamente prevista no Código Civil, no artigo 945, que dispõe: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

Havendo culpa concorrente da vítima e do médico, não restaria configurada propriamente a exclusão de responsabilidade, mas sim, uma responsabilidade bipartida, onde cada uma das partes responderia pela parcela de culpa que lhe coubesse¹⁸¹.

Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos. Nesse caso, a vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como único causador do dano¹⁸².

Existem várias formas de aplicação do referido instituto, como a compensação total de culpas, a divisão proporcional dos prejuízos, ou a aferição da gravidade da conduta de cada um dos agentes, de modo a não caracterizar o enriquecimento sem causa para a vítima que também contribuiu para o dano¹⁸³.

No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁴:

Quando a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano, ambos contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a hipótese, para alguns, de "culpas comuns", e, para outros, de "culpa concorrente". Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de 1/4,2/5, dependendo de cada caso.

Por fim, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁸⁵:

—
¹⁸¹ GIOSTRI, 2003. p. 70.

¹⁸² CAVALIERI FILHO, 2012, 44.

¹⁸³ DINIZ, 2005, p. 110/111.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 262.

¹⁸⁵ Ibidem, p.165

Neste caso de culpa concorrente, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso, o que tem de ser pesado pelo órgão julgador quando da fixação da reparação, uma vez que somente há condenação pela existência da desproporcionalidade da culpa.

7.3 FATO DE TERCEIRO

Assim como a culpa exclusiva da vítima, esta excludente do dever de indenizar encontra-se expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, nos outrora citados artigos. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II.

Fato de terceiro pode ser definido como todo o evento em que, nem a vítima, nem o agente deram causa a sua incidência. A ação, seja ela dolosa ou culposa, partiu de alguém que não o médico. A excludente é muito semelhante ao caso fortuito ou de força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, que são os elementos a excluir o dever de indenizar, exatamente por desfazerem o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo¹⁸⁶.

Para Sílvio de Salvo Venosa¹⁸⁷:

Temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. 'Na relação negocial, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico. O terceiro é aquele que não tem nenhuma ligação com o médico no caso da responsabilidade civil médica, por este motivo o médico se isenta da reparação do dano, pois inexistente nexo causal entre o dano e a ação do médico.

Para José de Aguiar Dias¹⁸⁸:

A responsabilidade por fato de outrem não contradiz esse entendimento, porque é responsabilidade derivada da obrigação do próprio responsável, pela concepção de que existe, a cargo dele, o dever de suportar, uma vez concretizada a hipótese, sozinho ou em conjunto com o agente as consequências desse fato.

Para melhor visualização, cabe citar o exemplo trazido por Nehemias Domingos de Melo¹⁸⁹:

Vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente esteja internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito como fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar.

—

¹⁸⁶ Ibidem, p. 58.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 48.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 96.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 52.

Por fim, convém destacar que em certos casos o médico pode ser responsabilizado por ato de terceiros que se entendam estarem sob suas ordens. Nesses casos, não se trata propriamente de fato de terceiro excludente de responsabilidade, mas sim de hipótese, em regra legal, e responsabilização do médico por atos daqueles que de alguma forma funcionam como prepostos deste. Aqui, é possível se falar em direito de regresso contra o terceiro, que pode ser efetivado, no mesmo processo, pelo instituto da denunciação à lide, nos termos do artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Ainda que não exercida a denunciação a lide do terceiro responsável, sempre será possível a ação autônoma de regresso¹⁹⁰.

7.4 A IATROGENIA

A iatrogenia é a expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso mesmo, um dano na maior parte das vezes escusável¹⁹¹.

Nas palavras dos doutrinadores Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza¹⁹²:

A lesão iatrogênica stricto sensu é exatamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica. No entanto, ainda assim, sobrevém ao paciente uma lesão em decorrência daquele agir, lesão que muitas vezes pode até ser fatal.

Na precisa definição de Flávio Pedreira de Freitas e Maria Cristina Guerra Passarelli¹⁹³:

Considera-se iatrogenia a afecção decorrente de uma intervenção do médico ou de seus auxiliares, seja ela certa ou errada, justificada ou não, mas da qual resultem consequências danosas para a saúde do paciente. A reação adversa a medicamentos (RAM) é o principal tipo de iatrogenia, definida como uma resposta nociva e não intencional ao uso de um medicamento, que ocorre em associação a doses normalmente

¹⁹⁰ VENOSA, 2012, p. 69.

¹⁹¹ GONÇALVES, 2010, p. 262.

¹⁹² Ibidem, p. 48.

¹⁹³ CARVALHO, Flávio Pedreira de Freitas de; PASSARELLI, Maria Cristina Guerra. **Farmacoterapia: iatrogenias**. In: **Diagnóstico e tratamento**, volume 2. Antonio Carlos Lopes (ed.). Editora Manole, 2006, 1ª edição, p. 797.

empregadas em seres humanos para profilaxia, diagnóstico ou tratamento de doenças ou para a modificação de uma função fisiológica, excluindo-se os casos de falhas terapêuticas.

A iatrogenia é uma qualificação técnica das lesões previsíveis, esperadas e até necessárias, em alguns casos, derivadas de intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos, como a amputação de uma perna com gangrena, que, apesar de constituir lesão corporal gravíssima, perde o sentido de ilicitude; a incisão para retirada de um tumor; uma reação alérgica decorrente de uso de contrastes radiológicos e as dores e padecimentos de sessões de quimioterapia ou radioterapia são exemplos de sequelas não suscetíveis de reparação pelo exercício regular da atividade médica¹⁹⁴.

Para Stoco¹⁹⁵, existem três tipos de iatrogenia, sendo duas inerentes à atividade médica e uma decorrente de erro grosseiro, da imperícia do médico, a qual deverá ser indenizada:

1. Lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em sequela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis);
2. Lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos: reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);
3. Lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femoral durante cirurgia de varizes, levando à gangrena).

Nos dois primeiros tipos de iatrogenia, os riscos são inerentes à atividade médica, razão pela qual a responsabilidade civil do profissional da medicina será afastada na ocorrência de algum deles. No último caso, haverá responsabilidade do profissional, pois terá cometido erro considerado grosseiro.

A jurisprudência predominante sustenta que a lesão previsível ou sequela oriunda do tratamento decorrente da invasão do corpo, que é previsível, iatrogênica, não tem o condão de levar a responsabilidade civil, na medida em que a lesão iatrogênica não é resultante de um atuar médico eivado de imprudência, negligência ou de imperícia, causas estas que quando devidamente comprovadas ensejam o dever de reparar o dano¹⁹⁶.

—

¹⁹⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Tutelas e prescrição**. In: **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GV Law, p.322.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 588.

¹⁹⁶ MELO, 2014, p.152.

No mesmo sentido entende Rui Stoco¹⁹⁷, para quem o ato iatrogênico deverá ser indenizado quando for decorrente de negligência, imprudência ou imperícia.

A iatrogenia, portanto, não acarreta a responsabilidade civil do médico, eis que não há a ocorrência de ato ilícito, mas um dano decorrente de um agir tecnicamente correto. Nesse caso, além da intenção benéfica do profissional para a tentativa de cura do paciente, há um proceder preciso e correto, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência de sua área profissional, sem um atuar negligente, imprudente ou imperito, razão pela qual não há a obrigação de reparar o dano.

8 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E CONTRATO MÉDICO

A cláusula de não indenizar se trata de cláusula contratual que, antecipadamente, isenta o médico de qualquer ação judicial por dano decorrente de responsabilidade civil. A imposição desta cláusula é comumente vivida por pacientes, ou seus representantes que, ao requererem seus prontuários médicos, são obrigados a assinar documentos, nos quais o médico se isenta de qualquer responsabilidade que possa decorrer de seus atos¹⁹⁸.

Para Fábio Ulhoa Coelho¹⁹⁹:

Em termos gerais, por força do princípio da autonomia da vontade, qualquer dano pode ser excluído por cláusula contratual. O sujeito pondera seus interesses e manifesta a concordância em arcar sozinho com os danos que eventualmente vier a sofrer na execução do contrato, renunciando ao direito de pleitear indenização contra o outro contratante, mesmo que seja da culpa deste. Numa situação, porém, a lei a considera nula: nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa física (CDC, art. 51, I). Nesta hipótese, ainda que tenha sido pactuada entre as partes, a obrigação de indenizar por responsabilidade civil existe. Nos contratos civis ou empresariais, ou mesmo nos de consumo em que o consumidor é pessoa jurídica (associação, fundação, sociedade microempresária destinatária final do produto etc.), é plenamente válida a exclusão ou limitação de responsabilidade por vontade das partes.

Este tema diz respeito, exclusivamente, ao âmbito contratual, consubstanciando-se no acordo de vontades que objetiva afastar as consequências da inexecução ou da execução inadequada do contrato. Tem por função alterar, em

¹⁹⁷ STOCO, Rui. **Iatrogenia e responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 90, nº 784, p. 105/110, fev. 2001.

¹⁹⁸ SCHAEFER, 2002, p. 40.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 793/794.

benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima²⁰⁰.

Doutrinariamente, muito se discute sobre a validade da referida cláusula. Muitos entendem que a cláusula é nula, porque imoral e contrária ao interesse social. No campo dos direitos do consumidor, essa cláusula é nula (art. 51, I). O Código de Defesa do Consumidor admite, nesse mesmo artigo, a limitação da responsabilidade indenizatória em situações justificáveis, quando o consumidor for pessoa jurídica. Em se tratando de consumidor pessoa natural, não se admite qualquer cláusula que restrinja ou exonere do dever de indenizar²⁰¹.

Representando a corrente contrária a referida cláusula, Nehemias Domingos de Melo²⁰² adverte:

Ainda que qualquer cláusula que exonere ou atenua a responsabilidade dos planos de saúde, por danos causados aos seus associados, será tida como nula de pleno direito, isto é, inexistente, por contrariar o disposto no Código de Defesa do Consumidor que proíbe nas relações de consumo a cláusula contratual de não indenizar (art. 25, caput c/c art. 51, I).

No mesmo sentido Aguiar Dias²⁰³:

A própria imperfeição da ciência médica carrega em si uma dose de irresponsabilidade, pois admite margem de erro do profissional, por esse motivo, a responsabilidade médica só se verifica em casos de erros grosseiros. Portanto, admitir a validade da cláusula de não-indenização nesses contratos seria um desrespeito a pessoa humana.

O médico tem o dever de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convenciona-la, ela já existe, e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano.

Porém, majoritariamente, entende a doutrina pela admissão da cláusula de não indenizar, com algumas restrições, como por exemplo, a bilateralidade do consentimento e a não-colisão com preceito cogente de lei, ordem pública e bons costumes.

Dessa forma, pode-se concluir que a cláusula de não indenizar é aceita pela doutrina majoritária, desde que expressamente pactuada. Porém, ela não exonera o

—

²⁰⁰ GONÇALVES, 2010, p. 449.

²⁰¹ VENOSA, 2012, p. 68.

²⁰² Ibidem, p.194.

²⁰³ Ibidem, p. 237.

devedor da obrigação, do dever ou responsabilidade propriamente ditos; apenas o libera da reparação do dano, ou seja, das consequências do inadimplemento²⁰⁴.

9 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou, sem a pretensão de esgotar o tema, estudar o instituto da responsabilidade civil com enfoque no código de defesa do consumidor.

Inicialmente, tivemos a oportunidade de abordar a responsabilidade civil em seus aspectos históricos, conceituação e características gerais, para que, posteriormente, pudéssemos nos concentrar no mérito do presente trabalho monográfico.

Foram analisadas durante o trabalho as diferenças entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, extracontratual e contratual, a natureza desta última (de obrigação de meio ou de resultado), bem como a perfeita aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações médicas e a possibilidade de inversão do ônus da prova para a caracterização de culpa médica.

Foi abordado o principal dever do médico, o de informar aos pacientes dos riscos do tratamento ou procedimentos adotados, e as possibilidades de excludentes da responsabilidade, que são os casos de erro escusável, caso fortuito e força maior, a intercorrência médica, a culpa exclusiva, ou concorrente, da vítima, o fato de terceiro e a iatrogenia.

Após a análise da responsabilidade civil médica, e das causas de exclusão do dever de indenizar, discorreu-se sobre a iatrogenia e a polêmica cláusula de não indenizar nos contratos médicos, onde se concluiu pela sua legalidade, com algumas restrições, como por exemplo, a bilateralidade do consentimento e a não colisão com preceito cogente de lei, ordem pública e bons costumes.

A responsabilidade civil médica encontra-se prevista no artigo 951 do Código Civil, artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, em regra geral, subjetiva, devendo, portanto, ser apurada mediante a verificação da culpa.

Após uma longa discussão doutrinária sobre a natureza da prestação dos serviços médicos, concluiu-se que a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da

—
²⁰⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 570.

medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios.

Existem situações, porém, nas quais a responsabilidade não deriva de um contrato entre médico e paciente, como no caso de um médico que atende alguém desmaiado na rua. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele. Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado.

A obrigação do profissional de medicina é de meio, dessa forma, o profissional deve atuar dentro dos padrões de segurança e ética da medicina, empregando todos os meios possíveis para a produção do resultado pretendido. Segundo Rui Rosado de Aguiar²⁰⁵:

A obrigação é de meios, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios.

Sendo a obrigação de meio, sua consequência é a atribuição de responsabilidade subjetiva ao médico causador de dano ao paciente. Nestes casos, cabe à vítima comprovar não só a conduta, o dano e o nexos causal, mas também a culpa do profissional.

Sobre a responsabilidade do profissional da medicina, necessário destacar a lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁰⁶:

A obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Antonio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência. Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico, conforme preceitua o art. 1.545 do CC, ainda em perfeita consonância com o disposto no Código do Consumidor, art. 14 §4º."

—

²⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR. 2000. Cap. 7, p. 139.

²⁰⁶ Ibidem, p. 273.

Entretanto, a obrigação será de resultado quando o médico se comprometer a atingir um resultado específico, como, por exemplo, uma transfusão de sangue ou certo resultado estético. Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, cabendo ao médico provar a ocorrência de caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade civil.

Conclui-se, ainda, pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, o paciente é o consumidor para quem será prestado um serviço pelo médico, fornecedor, que desenvolve atividades de prestação de serviços, sendo o ato médico a atividade contratada. Como consequência, tem-se que o médico submete-se as normas consumeristas protetivas do estatuto consumerista, entre os quais a inversão do ônus da prova, nos casos em que assumem obrigação de resultado, bem como o dever de informar adequada e claramente sobre os procedimentos a serem realizados, e os riscos que os mesmos apresentem. Entretanto, deve-se ressaltar que, excepcionalmente, o Código de defesa nos traz, no parágrafo 4º do artigo 14, que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, por falhas na prestação de serviços, deve ser fixada mediante a apuração de culpa (art. 14, §4º). Assim, a responsabilidade, constituindo-se em exceção à regra ínsita na lei consumerista, será subjetiva.

Por fim, de todo o exposto, tem-se que, em regra, a natureza jurídica da prestação de serviços médicos é contratual, decorrente de um acordo de vontades entre médico e paciente, de obrigação de meio, uma vez que o médico não se compromete a um resultado específico, mas a empreender o maior zelo, prudência, diligência e perícia possíveis no exercício de sua atividade, do que decorre que a responsabilidade do médico será subjetiva, devendo restar devidamente demonstrado e comprovado o agir do profissional com dolo ou culpa, observados o dever de informação e a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2000. Cap. 7, p. 133-180.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 718 – Agosto de 1995.

BDNIE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Atos unilaterais**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010, p. 411.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2015.

_____. **Decreto nº 20.931, de 11 de Janeiro de 1932**. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, estabelece penas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945**. Institui Conselhos de Medicina e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7955.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2015.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

_____. **Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial - REsp nº 236.708/MG, Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial - REsp nº 1046632/RJ, Quarta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 13/11/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial - REsp 1180815/MG, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010.

CARVALHO, Flávio Pedreira de Freitas de; PASSARELLI, Maria Cristina Guerra. **Farmacoterapia:** iatrogenias. In: **Diagnóstico e tratamento**, volume 2. Antonio Carlos Lopes (ed.). Editora Manole, 2006, 1ª edição, p. 797.

BRUNO. Aníbal. **Direito penal:** parte geral, volume I, tomo 2º, Rio de Janeiro: Forense, 1967

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10 ed. rev. e ampl. Atlas, São Paulo, 2012.

CFM-CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Processo Ético-Profissional.** Resolução CFM nº 1.897/2009 de 6 maio de 2009 (D.O.U. de 6 maio de 2009, Seção I, p. 75-77). Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/legislacao.asp> >. Acesso em: 24 de junho de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2:** obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultado e de garantia.** In: **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 521-539.

COUTO, Antonio Ferreira Filho; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A Improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

_____. **Da responsabilidade civil**. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 19. ed., rev. aum. e atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo: inclui comentário sobre a lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 (guarda compartilhada)**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A Responsabilidade Civil dos Médicos**. AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1992, v.55, p.116-139.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil na atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989

GOMES, Júlio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e suas consequências**. São Paulo: Guanabara Koogan (Grupo GEN), 2002.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAMMURABI, Rei da Babilônia. **Código de Hammurabi: escrito em cerca de 1,780 a.C. traduzido por Leonard William King; tradução para o português de Júlia Vidini**. São Paulo: Madras, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica n. 170, p. 113-128.

_____. **Culpa Médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado**. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**: em busca de um paradigma bioético para o Direito Civil. São Paulo: LED, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed., São Paulo: RT, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Obrigações em Geral. Vol. II. 7ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: horizontes, teoria e linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 3 ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Erro médico e dano moral**: como o médico poderá se prevenir? Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre: Magister, nº 18, dez./jan. 2008.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (org.). **Responsabilidade Civil**: doutrinas essenciais. Volume V. Direito Fundamental à Saúde. (Coleção doutrinas essenciais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas Consequências Jurídicas**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. **A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal: estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar**. Coimbra: Almedina, 2013

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**, 30. ed. v.2, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Revista Eletrônica de Direito Civil. Ano 2, nº 2, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/do-erro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>>. Acesso em: 03 de junho de 2015.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002.

SÉLLOS, Viviane Coêlho de. **Responsabilidade do Profissional Liberal pelo Fato do Serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 10, p. 144-162, abr/jun. 1994.

_____. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde:** ação, dano e nexos causal. fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. a prova. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009. Série GV Law.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas atividades de ensino privadas.** In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil:** responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Servanda Editora, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Intoxicação e responsabilidade civil do médico.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 90, nº 784, p. 105/110, fev. 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** Volume 2. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito Material e Processual. Volume único. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012

TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana.** Editorial. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, São Paulo, v. 2, p. V-VI, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 1982, p.486.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.