

Felipe Braga Netto

NOVO Manual de
RESPONSA
BILIDADE civil

6^a | revista,
edição | atualizada
e ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Responsabilidade civil PROFISSIONAL

1. ENTRE O VELHO E O NOVO

“Gostei de tudo no teu livro: até do número do exemplar: 7. O ‘Menino impossível’ deleitou-me. Mimado por uma santa tia também fui eu, Jorge de Lima – um menino impossível que estudou. Compreendi o teu símbolo; podia compreendê-lo: cada dia que passa, mais mergulho no europeu e no americano do Norte, porém mais me vibra na alma – o homem brasileiro, o nordestino, o alagoano que sou e morrerei, ainda que morra em Londres cinzenta, com cinco livros ao alcance da mão, muita saudade, muita lembrança, uma caixinha de cigarros do Brasil, e alguns retratos de amigos marcando os livros em leitura”.

» Carta de Pontes de Miranda a Jorge de Lima

Neste capítulo trataremos da responsabilidade civil profissional. Tentaremos a máxima brevidade – com o mais amplo conteúdo possível. Não deixa de ser curioso que, mesmo numa sociedade de perfil tão veloz – um mundo cuja única permanência é a mudança –, cada vez mais digital, a cultura jurídica apenas desenvolveu o estudo dos danos causados pelos profissionais das possivelmente mais clássicas profissões: médicos e advogados. É o que veremos neste capítulo.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: CONTEXTUALIZAÇÃO

“A vida é um hospital. Onde quase tudo falta. Por isso ninguém te cura. E morrer é que é ter alta”.

» Fernando Pessoa

Os danos estão ligados, de modo inseparável, à prática médica. É natural que seja assim. Sempre existiriam e sempre existirão. Uma cirurgia, por mais indicada que seja à situação do paciente, envolve riscos, nem sempre controláveis. A medicina, para curar e tratar o ser humano, necessita, por vezes, de procedimentos invasivos e aparentemente agressores do corpo humano. O corte cirúrgico, a quimioterapia, a radioterapia – para ficar nos exemplos mais óbvios – são procedimentos que ostentam um fim legítimo e tecnicamente correto, porém causam, em maior ou menor amplitude, desconfortos, dores, traumas.

Cresceu vertiginosamente não só o conhecimento humano em determinadas áreas – que era precário e fragmentado, embora nosso conhecimento seja sempre, conceitualmente, insuficiente, sempre em evolução¹ –, como as tecnologias digitais também se notabilizaram por incrível eficácia e precisão. Hoje, com os *lasers* e os exames digitais, estamos realmente muito distantes da medicina em boa parte intuitiva desempenhada no início do século passado². Como em muitas outras relações do nosso século, a relação médico/paciente, atualmente, é bastante distinta do que foi no passado. Praticamente, não temos mais uma figura antes clássica: o médico da família, que frequentava a casa e era íntimo do grupo familiar. Hoje, as relações são impessoais e massificadas, firmamos contratos de adesão com empresas de saúde. Aliás, é importante lembrar que vivemos, hoje, no Estado dos direitos fundamentais, e a saúde dos cidadãos ganha progressivamente importância, não só na formulação genérica de políticas públicas, mas também na solução concreta dos casos em que houve dano.

Sabemos que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato (Código Civil, art. 421). Bem distante estamos do tempo em que a autonomia da vontade, em relação aos contratos, era absoluta, com religiosa reverência ao *pacta sunt servanda*. Se há, hoje, um contrato que deve ser intensamente lido à luz de sua função social, é aquele relativo à prestação de serviços de saúde. A função social desses contratos, extraordinariamente intensa, deve iluminar fortemente sua interpretação. Há, neles, um núcleo extrapatrimonial irreduzível.

1. Assim, quanto mais “compreendemos sobre o mundo, quanto mais profundo nosso conhecimento, mais específico, consciente e articulado será nosso conhecimento do que ignoramos – o conhecimento da nossa ignorância. Essa, de fato, é a principal fonte da nossa ignorância: o fato de que o nosso conhecimento só pode ser finito, mas nossa ignorância deve necessariamente ser infinita” (POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas e refutações*. 5. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2008. p. 57).
2. Seja-nos permitida, aqui, uma anotação curiosa. Mudamos socialmente tanto, em relativamente tão pouco tempo, que ainda se encontram nos livros clássicos brasileiros de responsabilidade civil (atualmente reeditados) capítulos sobre a responsabilidade civil das parteiras. Talvez seja mesmo pertinente que haja a menção, sendo certo que o Brasil – com suas “vastas solidões” – é país continental (perdoem-nos o truísmo), com realidades incrivelmente distintas coexistindo no mesmo século. Só fazemos o registro para anotar quão dinâmica é a responsabilidade civil, o instituto jurídico que mais se redefine espelhando mudanças sociais.

O Código Civil trata da responsabilidade civil dos profissionais de saúde de modo amplo³. Dispõe sobre a indenização a ser paga por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. Só menciona, no entanto, inexplicavelmente, o dano material, evidenciando o caráter defeituoso e até desnecessário – por sua obviedade, naquilo que resolveu ser explícito – dos dispositivos legais nesse ponto.

Há alguns pontos que podem ser sistematizados: (a) a relação entre médico e paciente – segundo o padrão conceitual tradicionalmente aceito – é uma relação contratual; (b) dessa relação podem surgir danos morais, materiais e estéticos; (c) o fato de estarmos diante de uma obrigação contratual não implica presunção de culpa do médico; (d) a culpa do médico deverá ser provada, embora possa ocorrer a inversão judicial do ônus da prova; (e) a culpa do médico não precisa ser grave, embora exija certeza; (f) a obrigação dos médicos é enxergada, em geral, como uma obrigação de meio (não se promete o resultado, a cura); (g) haverá solidariedade sempre que se configurar, por ações ou omissões, a participação no resultado danoso (o cirurgião, por exemplo, responde pela equipe médica, mas não, em princípio, pelo ato do anestesista, que responde pessoalmente); (h) a culpa pode resultar das circunstâncias, em casos particularmente graves (esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente); (i) em caso de erro médico, o paciente não pode ser obrigado a se submeter a novo procedimento ou cirurgia com o *mesmo* profissional, em virtude da quebra de confiança.

A responsabilidade civil médica é tida, em geral, como uma responsabilidade civil contratual⁴. Atualmente, conforme já pontuamos, a distinção entre as

-
3. O regramento vem no art. 951 do Código Civil: “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”. Os artigos citados, por sua vez, prescrevem: “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. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”. Há, nos dispositivos citados, certa nota de obviedade, o que evidencia o quão pouco zelosa foi a disciplina do Código Civil a respeito da matéria.
 4. Aguiar Dias, nesse sentido, esclarece, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916: “No direito brasileiro, onde a responsabilidade médica foi regulada em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana. Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações,

responsabilidades civis contratual e extracontratual perde força – sobretudo em certas áreas, como nas relações de consumo (as vítimas do evento, por exemplo, são consideradas consumidoras por equiparação, tenham ou não firmado contrato de consumo). Seja como for, há, inegavelmente, um contrato em boa parte dos casos envolvendo as relações entre médicos e pacientes: seja com o plano de saúde, seja com o médico, pessoalmente.

É importante frisar que mesmo sendo contratual a responsabilidade civil médica, a prova da culpa é, em princípio, da vítima. Dissemos “em princípio” porque é possível – e mesmo desejável, em muitos casos – que ocorra a inversão do ônus da prova. Essa inversão, no entanto, não é automática, será judicialmente deferida à luz das circunstâncias do caso. Já em meados do século passado Aguiar Dias advertia que o fato “de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional”⁵.

Em geral, na responsabilidade civil contratual, basta o descumprimento da obrigação para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade de quem descumpriu a obrigação (tradicionalmente) é presumida, sob o prisma probatório. Não é, porém, como vimos, o que ocorre no caso dos médicos. A responsabilidade deles, entre nós, é subjetiva, seja à luz do CDC (art. 14, § 4º), seja à luz do Código Civil (art. 951). Outro aspecto que pede menção é o seguinte: comumente, o inadimplemento contratual gera danos materiais, exclusivamente. A imposição de danos morais é excepcional, embora possível. Na responsabilidade civil médica, no entanto, a indenização por dano moral ocorre com frequência, dada a natureza dos danos experimentados (morte de entes queridos, paraplegia, cegueira etc.). Frise-se, portanto, que a indenização por dano moral, em casos de inadimplemento contratual, embora não seja comum, pode acontecer.

contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial” (*Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. tomo I, p. 271-272). Há porém consequências relevantes em categorizar a relação entre médico e paciente como uma relação contratual. Por exemplo, cabe lembrar que os juros de mora, na responsabilidade civil contratual, incidem a partir da citação. Se houver falha, por exemplo, no serviço médico-hospitalar, causando danos, a hipótese é de responsabilidade civil contratual. Os juros moratórios, portanto, nesse caso, contam-se a partir da citação. É a pacífica jurisprudência brasileira (STJ, AgRg no AREsp 211.917). Já se estivermos diante de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora contam-se, não da citação, mas desde antes, desde o evento danoso. Trata-se de entendimento pacífico, já sumulado (STJ, Súmula 54). Assim, “está consolidada a orientação deste Tribunal Superior no sentido de que os juros de mora incidem desde a data do evento danoso nas hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54/STJ” (STJ, AgRg no AREsp 224.905).

5. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. tomo I, p. 273.

Conforme estudaremos adiante, a obrigação dos médicos é enxergada como uma obrigação de meio. Isto é, não se promete o resultado, a cura. A prova da culpa dos médicos, portanto, deverá ser comprovada. Há, porém, algumas áreas em que se entende ser a obrigação de resultado, conforme veremos. O que se torna preciso observar “é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”⁶.

Não é necessário, para responsabilizar civilmente o médico, que a culpa seja grave. O direito brasileiro não conhece a gradação da culpa⁷. Mesmo a culpa leve, na responsabilidade subjetiva, obriga a indenizar. Ademais, o que mede, por assim dizer, a indenização, é o dano, não o grau de culpa (Código Civil, art. 944). No Rio de Janeiro, uma criança de dez anos, atingida por uma bala perdida na noite de Natal, aguardou oito horas em hospital público sem o devido atendimento e veio a falecer. O médico plantonista (neurocirurgião) havia faltado, e possuía, segundo a imprensa, um crônico histórico de faltas, sobretudo em datas festivas. O Código de Ética Médica, no Capítulo III, art. 9º, proíbe que o médico deixe de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou o abandone sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento. Estatui ainda que na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição. De toda sorte, para que haja responsabilidade civil, é preciso que haja nexos causal. Assim, em princípio, mesmo uma culpa leve poderá ensejar graves danos se as circunstâncias autorizarem o casamento entre a ação ou omissão do médico e o dano.

A negligência, em certos casos, decorre do próprio dano, não precisando ser provada. Se alguém, digamos, tem uma tesoura cirúrgica esquecida no abdome, não é necessário que prove a culpa do médico, apenas que se submeteu àquele procedimento cirúrgico (a situação se complica, sob o ângulo probatório, se houve mais de uma cirurgia, com diferentes equipes médicas). De todo modo, a inversão do ônus da prova é sempre uma possibilidade muito bem-vinda nessa matéria, em favor do paciente (CDC, art. 6º, VIII). Há danos que, por si mesmos, trazem a assinatura da culpa. O médico, por exemplo, que ao realizar endoscopia perfura a bexiga do paciente, age culposamente. Do mesmo modo

6. AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. tomo I, p. 274.

7. Argumenta-se, nesse sentido: “Melhor, portanto, e mais compatível com o sistema brasileiro que desconsidera a gradação da culpa na caracterização do ilícito, parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao executá-lo” (TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 93).

o dentista que, ao retirar o dente do siso, provoca fratura de mandíbula do paciente, age com sonora imperícia.

Se o dano sofrido pelo paciente guarda relação tanto com a conduta do médico como a do hospital ambos respondem de modo solidário. Por exemplo, age culposamente o hospital (ou o médico) que, embora consciente da necessidade de determinado instrumental para determinada cirurgia, não comunica a situação ao paciente, e deixa de utilizar o instrumental porque o plano de saúde não arca com os custos.

Sendo subjetiva a responsabilidade civil médica, o profissional responderá, igualmente, se *escolher mal* os seus subordinados, ou quem, de qualquer modo, esteja ligado ao serviço por ele desempenhado. A culpa *in eligendo* – tão usada no passado e tão em desuso atualmente (embora ainda seja invocada, nem sempre quando deveria ser) – aqui pode ser usada de modo técnico. O cirurgião chefe, por exemplo, responde pelos danos causados por sua equipe. O dermatologista responde pelo dano estético causado por uma assistente, mesmo que não médica. A culpa, aliás, em certas situações, há de ser tida como presumida, cabendo ao médico provar que agiu corretamente (imagine-se uma paciente que vai ao consultório dermatológico fazer uma aplicação de *botox* e saiu com o rosto paralisado, tendo que ficar assim durante meses).

Uma situação que merece menção é a do anestesista. Trata-se de especialidade própria, destacável da figura do cirurgião. Por isso, nem sempre o cirurgião poderá ser chamado a responder por um erro do anestesista, como o anestesista não poderá ser chamado, em princípio, para responder por um erro do cirurgião⁸. Apenas em casos específicos, à luz de circunstâncias que levem a tal conclusão, impõe-se a solidariedade entre eles (processualmente, é importante a propositura da ação contra todos para evitar as escusas recíprocas, um jogando a responsabilidade para o outro).

Os planos de saúde respondem solidariamente pelos danos causados por médicos credenciados. A jurisprudência, no ponto, é pacífica. O único detalhe digno de nota, por fugir da regra geral, é a situação dos chamados seguros-saúde.

8. Eventualmente, se pode pensar em responsabilidade solidária do cirurgião se foi ele quem escolheu o anestesista, e as circunstâncias evidenciarem que ele escolheu mal. Ruy Rosado de Aguiar argumenta que “uma vez demonstrada a causalidade exclusiva do ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião: porém, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa *in eligendo*” (AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico, RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 718, p. 43). Nesse sentido, se o dano ao paciente provém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício do seu mister, este responde individualmente pelo evento (STJ, EREsp 605.435).

Neles, não há responsabilidade solidária. Do que se trata? De planos de saúde, por assim dizer, em que a escolha dos médicos se dá pelos próprios pacientes. Em outras palavras, não há médicos credenciados pelo plano. O paciente escolhe, paga, e depois é reembolsado pela empresa de seguro-saúde. Nesses casos, se houver dano, não haverá solidariedade. Apenas o médico responde.

Se o cirurgião plástico (ou o médico em geral) provoca um dano no paciente, quebra-se, por certo, o vínculo de confiança e legítima expectativa de tranquilidade que havia. O paciente não pode ser obrigado a refazer o procedimento com o mesmo médico – geraria ansiedade e mútuos constrangimentos. O melhor é que se imponha o dever de custear procedimento semelhante com outro profissional de escolha do paciente, em escala financeira semelhante, eventualmente um pouco maior, em relação àquela que foi inicialmente paga (não seria razoável que o paciente pudesse escolher, digamos, o melhor cirurgião do Brasil, cujos honorários orbitam em padrões estratosféricos). A solução que propomos, no sentido de a cirurgia ou o procedimento ser realizado por outro médico, além de intuitiva, é harmônica com nossa legislação de consumo. É, aliás, o que prevê o CDC, no caso de serviços fornecidos com vício. Autoriza-se o consumidor a exigir, caso queira, a “reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível” (CDC, art. 20, I). Prevê-se, ainda mais, que a “reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor” (CDC, art. 20, § 1º).

3. A APLICAÇÃO DO CDC À RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A responsabilidade civil na área médica – digamos assim, de modo amplo – rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência brasileira se consolidou nesse sentido (STJ, EDcl no REsp 704.272). Aplica-se o CDC aos médicos, inclusive quanto ao prazo prescricional de cinco anos (STJ, AgRg no Agr. 1.229.919). Essa mudança do lastro normativo, do Código Civil para o CDC, tem consequências hermenêuticas consideráveis, conforme veremos brevemente a seguir.

Não deixa de ser conceitualmente estranho que a jurisprudência brasileira tenha definido que o CDC não se aplica aos advogados, mas se aplica aos médicos. Existem, é óbvio, ninguém desconhece, especificidades em cada uma das nobres profissões – como de resto em todas as outras. Não nos parece, porém, que tais especificidades sejam bastantes para traçar uma muralha teórica entre os advogados e as demais profissões, sujeitando todas, menos uma, ao CDC (lembremos que a jurisprudência do STJ, depois de alguma polêmica,

consolidou-se no sentido de não ser possível invocar normas do CDC para regular os danos causados por advogados, ver REsp 1.123.422; REsp 1.134.889).

Se os advogados, no entender da jurisprudência brasileira, não são considerados fornecedores de serviços à luz do CDC, os médicos o são. Mesmo com reservas em relação à posição adotada no que toca aos advogados, parece-nos correta a orientação jurisprudencial que se firmou no sentido da aplicação do CDC à relação entre médico e paciente. Também, por certo, com mais forte razão, à relação entre consumidores e planos de saúde. Os médicos são profissionais liberais. Profissionais liberais exercem, com autonomia, seu mister profissional, sem subordinação técnica a outrem. Os profissionais liberais, segundo o CDC, apenas respondem culposamente pelos danos que causem (CDC, art. 14, § 4º). Poder-se-ia perguntar: haveria, normativamente falando, vantagem para o paciente em se aplicar o CDC, ao invés do Código Civil, sendo certo que a responsabilidade civil do médico, nos dois casos, é subjetiva, isto é, depende do elemento culpa? A resposta afirmativa se impõe. Podemos, sem pretensão de exaustividade, citar cinco exemplos dessa vantagem para o consumidor paciente: (a) possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor (CDC, art. 6º, VIII); (b) possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor (CDC, art. 101, I); (c) prazo prescricional mais dilatado (CDC, art. 27: cinco anos, e não três, conforme prevê o Código Civil); (d) deveres de informação, por parte do médico e instituições de saúde, particularmente severos (CDC, arts. 6º, III, 8º, e 9º); (e) invalidade de cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar em caso de dano (CDC, art. 51, I).

Os pontos acima indicados são de fácil compreensão, nem precisaríamos explicar de modo mais detalhado. Vejamos, porém, com um pouco mais de atenção, cada um deles. Em relação ao item *a*, a inversão do ônus da prova, potencialmente falando, é instrumento que torna efetiva a responsabilização civil em casos de erro médico, evitando a “prova diabólica”, de difícil produção, e o espírito de corpo que impera nas corporações, quaisquer que sejam. A jurisprudência brasileira tem utilizado, com alguma frequência, a inversão do ônus da prova em casos de erro médico (-STJ, AgRg no AREsp 25838). Afirma-se que “a inversão do ônus da prova é expediente que vem sendo largamente usado na responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas” Lembremos que a inversão pode ocorrer inclusive em processos coletivos (ação civil pública, digamos, ajuizada pelo Ministério Público contra determinado plano de saúde cujos pacientes *não conseguem* marcar consultas ou ser atendidos). A inversão do ônus da prova não significa que o fornecedor estará obrigado a arcar com os custos de perícia solicitada pelo consumidor. Poderíamos elencar outras vantagens processuais de se invocar o CDC em casos de erro médico. É vedado, por exemplo, nas lides de consumo, a denúncia da lide (CDC, art. 88). Embora

o CDC, em sua literalidade, vede a denunciação nas hipóteses do art. 13, parágrafo único, a jurisprudência terminou por assentar que a denunciação da lide é proibida em qualquer hipótese nas relações de consumo. Assim, não cabe denunciação da lide no CDC (STJ, AgRg no AREsp 195.165). Não é possível, em nenhum caso, nos processos que têm como objeto relações de consumo, haver denunciação à lide (STJ, AgRg no AREsp 157.812).

Em relação ao item *b* – possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor –, teremos, aí, mais um poderoso instrumento para tornar efetiva a reparação dos danos sofridos pelo consumidor (CDC, art. 6º, VI). Se, digamos, alguém, domiciliado em Belo Horizonte, vai até São Paulo realizar determinada cirurgia, e sofre danos ligados ao procedimento, poderá propor a ação contra o profissional de saúde (ou contra o plano, ou contra ambos, solidariamente) em Belo Horizonte. A facilitação da defesa dos seus direitos, a propósito, está consagrada dentre os direitos básicos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

Já no que toca ao item *c*, ao enquadrarmos a relação entre médico e paciente como uma relação de consumo, teremos, se o paciente sofrer dano, um fato do serviço (acidente de consumo). Aplica-se, no caso, não o prazo prescricional do Código Civil (art. 206, § 3º, V, relativo à prescrição da pretensão de reparação civil), mas o prazo do CDC (art. 27, fato do produto ou serviço). O termo inicial para a contagem do prazo prescricional em casos de erro médico se inicia quando a vítima toma ciência da irreversibilidade do dano (STJ, REsp 1.211.537). Prevalece, em relação ao início da contagem do prazo prescricional, o princípio da *actio nata*, o que significa basicamente que o termo inicial do prazo prescricional é a data a partir da qual a ação *poderia ter sido proposta*. A ação só pode ser proposta quando a vítima – ou seus familiares, em caso de falecimento – conhece não apenas o dano, mas também quem foi o seu autor. Bem por isso o CDC, no art. 27, estatui que a contagem do prazo prescricional se inicia “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. O uso da conjuntiva “e”, ao invés da disjuntiva “ou”, é significativo e expressa bem o que ocorre. Um exemplo singular: digamos que uma senhora idosa tome vários medicamentos de uso contínuo. Um deles causa-lhe cegueira. O prazo prescricional, na espécie, terá início não a partir da cegueira, mas a partir da descoberta de qual, dentre os medicamentos ingeridos, efetivamente causou o dano.

Em relação ao item *d*, a aplicação do CDC torna bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (CDC, arts. 6º, III, 8º, e 9º). É preciso esclarecer, em linha de princípio, que tais deveres de informação existem *também* nas relações civis amplamente consideradas, e não apenas nas relações de consumo. Mas é inegável reconhecer que nas relações de consumo tais deveres assumem cores particularmente fortes. O princípio da informação

biparte-se em núcleo normativo dúplice: a) direito de ser informado e (b) dever de informar. Os deveres de informação são deveres de conduta, exigem uma postura positiva e ativa. O médico que negligência o dever de informação pode ser condenado a indenizar (STJ, REsp 332.025). Informar corretamente, esclareça-se, é informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito. A ausência de informação (ou a informação defeituosa) gera responsabilidade civil, desde que conectada, emnexo causal, a um dano de qualquer espécie⁹. Diga-se ainda, que os planos de saúde, ademais, devem observar uma boa-fé qualificada, uma boa-fé que leva em conta o leal cumprimento dos deveres de informação.

Por fim, no que se refere ao item *e*, diga-se que as chamadas cláusulas de não indenizar, ou cláusulas de irresponsabilidade, são rechaçadas nas relações de consumo (CDC, art. 51, I). Se porventura as admitíssemos, é bem provável que toda força normativa cogente do CDC se esvaísse. As relações de consumo são regidas, dentre outros princípios, pela reparação integral (melhor diríamos, princípio da indenização integral, porque falar em reparação, de certo modo, faz pensar em voltar à situação anterior ao dano, ao *status quo ante*, o que só é possível no dano material, não no dano moral). Seja como for, cabe lembrar – como ponto tematicamente conexo – que a jurisprudência brasileira não aceita a chamada “indenização tarifada”, que são limites preestabelecidos para a indenização (seja por lei, seja por contrato). Havendo dano, a indenização deverá ser integral. São inválidas, nas relações de consumo, as tarifações prévias da indenização estabelecidas por contrato, ou até mesmo por lei. A única exceção – à luz do CDC – ocorre quando o consumidor for pessoa jurídica. Nesse caso – e é o único –, a indenização poderá ser validamente limitada, conforme preceitua a parte final do art. 51, I: “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

4. A QUESTÃO DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

“Devemos rezar por ele. Rezar para que as boas qualidades derrotem as más”.

» Pat Conroy

A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, depende de culpa. Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a

9. Recomenda-se, por exemplo, que as próteses de silicone sejam substituídas no prazo médio de dez anos. Mas às vezes, apesar dos cuidados profissionais, o dano ocorre. Há alguns anos veio à luz o escândalo das próteses francesas feitas de silicone industrial. Convencionou-se que tanto o SUS quanto os planos de saúde estão obrigados a substituí-las. Quanto maiores, potencialmente, os perigos para a saúde do paciente, mais fortes e severos são os deveres de informação.

mesma¹⁰. O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é a valiosa previsão trazida pelo CDC da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). No processo civil, como medida que busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, poderá haver a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando ele for hipossuficiente. Em se tratando de erro médico – cabe sempre repetir –, o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental. – É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas (STJ, AgRg no AREsp 25.838; AgRg no Agr. 969.015, REsp 696.284). Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, podem demonstrar – livrando-se da indenização – que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize.

Pretendeu-se, nos séculos passados, que o médico apenas respondesse por culpa grave, por erros absurdos, manifestos¹¹. Hoje, no Brasil, nesta e em outras matérias regidas pela responsabilidade subjetiva, sabemos que não é assim. Basta, em regra, a culpa leve, para que haja o dever de indenizar. A indenização se mede pela extensão do dano (Código Civil, art. 944). Havendo, porém, manifesta desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o magistrado fica autorizado a reduzir, de modo equitativo, o valor da indenização (Código Civil, art. 944, parágrafo único). Essa redução, no entanto, há de ser enxergada com muita cautela se o dano sofrido guardar relação com a saúde ou com a vida humanas (um médico que, por desatenção, prescreve medicamento a paciente alérgico, que vem a sofrer um choque anafilático e falecer). Miguel Kfoury Neto lembra não ser preciso “que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. A gravidade da culpa, agora, repercutirá na quantificação da indenização”¹².

10. O Código Civil, conforme já apontamos, estabelece no 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”. Os artigos citados tratam da indenização no caso de morte, lesão à saúde, ou lesão que impeça ou diminua a capacidade para o trabalho. O CDC, por sua vez, estatui que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva (CDC, art. 14, § 4º).

11. ITURRASPE, Jorge Moset. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979. p. 68.

12. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

Há muitos modos de o médico – como de resto qualquer profissional – ser negligente: delegar para assistente inexperiente procedimento que este não domina; realizar cirurgia sem os equipamentos de segurança necessários ou sem realizar o chamado risco anestésico; não verificar alergias ou a ingestão de outras drogas incompatíveis ao prescrever medicações etc. Não é aceitável, por exemplo, que vítima de lesão no trânsito, politraumatizada, não seja submetida a exame radiológico ou avaliação neurológica. Ou que o anestesista realize, simultaneamente, duas ou mais anestésias.

Erros grosseiros devem refletir, no *quantum* indenizatório, a negligência, o descaso, a imperícia absurda. São, por exemplo, extremamente frequentes os casos de “cirurgia do lado errado”. Opera-se, por exemplo, o lado esquerdo do cérebro ao invés de o direito. Para o nosso pasmo, são casos mais comuns do que poderíamos imaginar. Em setembro de 2013, no Rio de Janeiro, um senhor, diabético, que deveria ter a perna esquerda amputada, teve sua perna direita extirpada por engano. Ficou, absurdamente, sem as duas pernas, sendo obrigado, pelo resto da vida, à companhia dolorosa de uma cadeira de rodas. Isso pelo descaso negligente e criminoso do serviço público de saúde.

O atendimento aos deveres de diligência e cuidado – e, por certo, a eventual falta deles – deverá ser apreciado caso a caso, de modo contextualizado, sendo relevantes, entre outros pontos, as condições subjetivas do paciente e do médico. Pontes de Miranda frisa que a “diligência subjetivamente a mais resulta, de ordinário, de exercício da profissão: a culpa do advogado especialista há de ser mais rigorosamente apurada que a do advogado sem especialidade; passa-se o mesmo com o médico, o engenheiro, o arquiteto, ou outro profissional, cuja profissão seja suscetível de especialização”¹³. Outro ponto de intuitiva compreensão: se o médico se vale de método experimental, deverá arcar com os riscos do procedimento, isto é, sua conduta poderá ser mais severamente analisada. Há casos, no entanto, conforme já tivemos oportunidade de frisar, em que a culpa resulta das circunstâncias do evento, não precisando ser demonstrada. O instrumento cirúrgico esquecido dentro do corpo do paciente é assinatura reconhecida em cartório de negligência. Não se precisa, por óbvio, produzir prova de que o corpo médico agiu mal.

Um médico, por exemplo, não deve, sem autorização do paciente, durante a realização de cirurgia ou procedimento ambulatorial, tomar decisões que poderiam ser tomadas, posteriormente, pelo paciente, sem que a demora represente risco. Sobretudo, por certo, quando tais decisões ostentam o caráter da

13. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 259.

irreversibilidade (amputações, retiradas de tecidos, transfusões etc.). Trata-se, obviamente, de orientação genérica que comportará exceções, à luz dos casos concretos: se a intervenção é de urgência, e a amputação, digamos, ou é feita naquele momento ou pode comprometer a vida do paciente (gangrena, por exemplo), estaremos diante da exceção legítima e autorizada. O julgador, ademais – e isso nem sempre é lembrado –, precisa ter presente que muitas vezes é a audácia (segura) do médico que pode salvar a vida do paciente. Um médico inseguro ou cauteloso demais nada faria. E a omissão excessivamente cautelosa pode ser trágica para o paciente.

Age culposamente o médico que não utiliza todos os recursos disponíveis para a detecção do mal (dependendo da situação, radiografia, tomografia computadorizada, ultrassom, exame neurológico etc.) e exclusão de possíveis enfermidades. Não é razoável que se alegue, em hospitais públicos, ausência de equipamentos ou de remédios. Se isso ocorrer, poderá haver responsabilidade civil do Estado, embora não dos médicos, se no caso concreto ficar evidenciado que eles não poderiam – pela escassez ou ausência de condições técnicas – agir de modo diverso de como agiram.

Situação delicadíssima é a seguinte: se, em hospital público, reconhecidamente carente de recursos e equipamentos, há dois ou mais pacientes igualmente graves, e, digamos, apenas uma vaga na UTI. O que fazer? O ideal é que se tenham normas administrativas minimamente objetivas que regulem a situação. Algum critério há de existir – seja a antiguidade na fila de espera, seja a gravidade do caso (segundo critérios claros e aferíveis), seja a irreversibilidade de determinada situação (os médicos costumam alegar, em situações assim, que é melhor investir os recursos escassos para cuidar de quem tem chances razoáveis de recuperação em detrimento de quem não as tem). Seja como for, o tema é delicado, exige muita cautela e zelo singular.

Sempre que a situação descrita ocorrer, o Estado responderá civilmente pelos danos. O médico, em princípio, não responde, a menos que as circunstâncias evidenciem que ele realizou a escolha por razões outras, não estritamente médicas (optou, por exemplo, pelo paciente cuja família faria um “complemento financeiro” ao tratamento; optou por alguém famoso ou amigo de sua família; optou por alguém por razões de raça ou preferência sexual etc.).

A culpa da vítima (ou fato da vítima) – aqui, como nos demais campos da responsabilidade civil – poderá atuar, seja rompendo o nexo causal, se exclusiva, seja autorizando a redução do *quantum* indenizatório, se concorrente. Se, por exemplo, o paciente omite do médico determinada moléstia ou situação (alergia a determinado medicamento, digamos, ou que está fazendo uso de determinado remédio). Porém, mesmo nesse caso, a questão só terá relevância jurídica se o

médico *não tinha*, no caso concreto, o dever de averiguar a situação por outros modos. Não se protege a conduta do médico que, negligentemente, deixa de verificar previamente os possíveis riscos relativos ao procedimento que realizará.

5. BOA-FÉ OBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

“Em outubro, apenas alguns dias depois da publicação de A hora da estrela, Clarice Lispector foi subitamente hospitalizada. No táxi a caminho do hospital, ela disse: ‘Faz de conta que a gente não está indo para o hospital, que eu não estou doente e que nós estamos indo para Paris’, lembra-se Olga Borelli. Então, conta Olga, começamos a fazer planos e a falar dos passeios que faríamos em Paris. O motorista do táxi, coitado, já cansado de trabalhar por toda uma noite, perguntou timidamente: ‘Eu também posso ir nesta viagem?’. E Clarice falou: ‘Lógico que pode, e ainda pode levar a namorada’. E ele: ‘Minha namorada é uma velhinha de setenta anos, e não tenho dinheiro’. Clarice respondeu: ‘Ela vai também’. Faz de conta que você ganhou na Loteria Esportiva! Na hora de descer, em frente ao hospital, conta Olga, Clarice perguntou o preço da corrida. Apenas vinte cruzeiros, e ela deu duzentos”. Clarice morreria pouco depois”.

» Benjamin Moser, biógrafo de Clarice Lispector

Espera-se que médico esteja adequadamente informado sobre seu campo de atuação profissional e que aja, a todo tempo, de forma leal, correta, transparente, responsável. Que aja, enfim, banhado pela boa-fé objetiva. A desatualização do profissional pode, eventualmente, ensejar responsabilidade civil se causar dano (prescrição de medicamento, por exemplo, cujos artigos científicos recentes evidenciam perigo para a saúde humana). Pode haver, também, conforme veremos, a aplicação da teoria da perda da chance na responsabilidade civil médica (pensemos na conduta do médico que deixa de prescrever um novo medicamento cuja eficácia e segurança já foram comprovadas, e a doença do paciente se agrava. Não é certo que o paciente ficaria curado ou mesmo melhoraria com ele, mas não se pode negar que haveria uma chance. As circunstâncias é que dirão se a chance era, no caso, séria e razoável).

Por outro lado, é preciso sempre lembrar que nem tudo está sob o controle do médico, por mais diligente que seja. É possível, por exemplo, que em procedimento cirúrgico ocorra parada cardíaca que não esteja, em absoluto, relacionada à ação negligente dos médicos. Não se controlam todas as reações e comportamentos do corpo humano. É possível, por exemplo, que a paciente, mesmo após a laqueadura de trompas, volte a engravidar (em decorrência, digamos, de

permeabilidade tubária que recanaliza as trompas). O que se impõe, em casos assim, é investigar se houve o devido e concreto cumprimento dos deveres de informação, esse é o ponto relevante.

Medicina, enfim, não é uma ciência tão exata como gostaríamos que fosse. As formas de abordagem e terapêutica diante do mesmo problema variam enormemente, dependendo do médico. Além do mais, conforme frisamos, os organismos humanos nem sempre respondem do mesmo modo. Quanto mais complexas forem as variáveis, mais difícil será prever, com exatidão, o que pode acontecer. Não raro, frente a um mesmo dilema técnico, médicos divergem frontalmente. Não é simples nem fácil, nesse contexto, solucionar judicialmente essas demandas, sobretudo se tivermos em conta o óbvio fato que o juiz não dispõe, pessoalmente, de formação profissional na área médica. Não cabe, nesse contexto, segundo pensamos, que o juiz pretenda se substituir ao médico.¹⁴ Em questões complexas, com múltiplas e simultâneas visões da ciência médica sobre o tema, deve-se adotar uma postura judicial de prudência e parcimônia. Cabe, por isso, em certos casos, operar com o minimalismo e com técnicas de contenção judicial (*court curbing*).

Registre-se que podemos nos valer, como critério interpretativo para avaliação da conduta médica, do *dever de tutela do melhor interesse do paciente*¹⁵. Trata-se de vetor hermenêutico em favor da integridade física e psíquica do paciente. Trata-se, dizemos nós, do princípio da boa-fé objetiva, particularizado na conduta médica. Não agir apenas à luz das próprias conveniências (deixar para o mês que vem algo que deveria ser feito agora porque está com viagem marcada) ou interesses econômicos (resolver, entre dois pacientes, por internar aquele que lhe traz maior proveito financeiro).

14. Por exemplo, “apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que “não há como estabelecer como único vínculo para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte”, e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que “o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado” pela ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame de provas, obstado pela Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 992.821).

15. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 94. Registre-se, com o perdão da obviedade, que a interpretação jurídica do século XXI não pode desprezar o direito posto, mas também não se prende ao literalismo legal. O direito é lido sob uma perspectiva ética, que dialoga com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos apriorísticos e formais. Isso não significa, em absoluto, que o juiz possa se libertar dos limites e das possibilidades que a ordem jurídica traz. Não se trata de voluntarismo, mas de hermenêutica que reconhece a força normativa dos princípios e dialoga com a teoria dos direitos fundamentais.

O paciente, diante do médico, está em posição de vulnerabilidade. Não conhece, em regra, os meandros do tratamento, não sabe como agir nem o que esperar. Sem mencionar que a doença e a dor fragilizam, por si só, o ser humano, deixando-o em posição sensível. A boa-fé objetiva deve iluminar fortemente essa relação, impondo ao profissional de saúde um dever de agir com lealdade, zelo e cooperação, abstendo-se de condutas que possam frustrar as legítimas expectativas do paciente, ainda que subjetivamente desconhecidas no momento do dano (por exemplo, a legítima expectativa que o direito protege, no caso, é a de receber o melhor tratamento possível à luz da ciência contemporânea. Se o médico sonega um tratamento, por uma razão qualquer, o dano se caracteriza, ainda que o paciente desconhecesse aquela possibilidade).

O cuidado que o médico deve ter com o paciente não se exaure no procedimento em si, estende-se para depois dele, e na verdade inicia-se antes, com os severos deveres de informar com lealdade e clareza. A boa-fé objetiva torna ainda mais fortes os deveres que cabem ao médico, podendo ser civilmente responsabilizado se agir de modo desinteressado e pouco zeloso com o paciente, em quaisquer das fases temporais da relação. Necessário, contudo, para que a indenização se faça presente, que tenhamos nexos causal entre o dano e a conduta médica.

5.1. A relevância do dever de bem informar

Na visão tradicional – dos séculos passados – o paciente não era visto propriamente como sujeito, mas como objeto dos serviços de saúde. Isso obviamente mudou, cada vez mais se fortalecem as dimensões existenciais de proteção do paciente como sujeito, sobretudo no que diz respeito à sua autodeterminação.

O dever de bem informar – viga mestra das relações de consumo – incide com particular vigor nas relações entre médicos e pacientes. O paciente encontra-se, comumente, diante do médico, em situação de inferioridade técnica, por não conhecer as vantagens e desvantagens de cada um dos procedimentos e técnicas.¹⁶ O destinatário da informação nem sempre é o paciente, pode ser familiares dele ou até mesmo outros médicos ou hospitais, para onde o paciente foi transferido. É inadmissível que o hospital, ao transferir um paciente, não forneça – sem que para isso precise ser solicitado – os dados e subsídios acerca

16. Isso, com o Google, relativizou-se, não sendo raro que o paciente chegue ao consultório sabendo mais acerca daquela moléstia específica do que o clínico geral. Obviamente, trata-se de um saber confuso, fragmentado e pouco confiável. Se há, na internet, boas fontes de pesquisa, há também aquelas lamentáveis. Nem sempre o curioso sabe distinguir uma da outra.