

Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico

Eduardo NUNES DE SOUZA *

*Formerly, when religion was strong and science weak,
men mistook magic for medicine;
now, when science is strong and religion weak,
men mistake medicine for magic.*
(Thomas S. Szasz)

SUMÁRIO: 1. Introdução: a medicina como paradigma das profissões liberais; – 2. Os mecanismos da responsabilidade civil do profissional da área médica; – 3. Código de Defesa do Consumidor e a distribuição do ônus probatório no direito brasileiro atual; – 4. A figura do erro médico e o problema da dissimulação da responsabilidade objetiva; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

RESUMO: Afirmada sua natureza subjetiva, a análise da responsabilidade civil do médico exige cautela. Com efeito, o direito civil contemporâneo não se coaduna com o tradicional conceito psicológico de culpa, exigindo, em vez dele, a atenção a padrões de conduta, procedimentos cuja observância permite evidenciar a conduta diligente do profissional. Tais procedimentos, de difícil tipificação em abstrato, devem ser extraídos da prática profissional da própria comunidade médica, conduzindo o julgador a um imprescindível diálogo com especialistas. Desse modo, torna-se possível diferenciar o que se denomina coloquialmente “erro médico” das hipóteses em que o médico agiu com culpa e deve responder pelos danos causados, à luz da teoria geral da responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Responsabilidade civil do médico. 2. Erro médico. 3. Culpa médica.

ABSTRACT: Once its subjective nature is affirmed, the analysis of medical civil liability demands caution. Contemporary private right doesn't admit the traditional psychological concept of fault, demanding instead the attention to behavioral standards, procedures that, once observed, evidence the professional's diligent conduct. Such procedures, hard to typify in abstract, must be extracted out of the professional practice of the medical community itself, thus conducting the judge towards a necessary dialog with medical specialists. It becomes, thus, possible to differentiate what is colloquially called “medical mistake” or malpractice from the hypothesis in which the physician has really acted with juridical fault and must be held responsible for the damages suffered by the patient, in the light of the general theory of civil liability.

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O autor agradece ao acadêmico Rodrigo da Guia Silva pela leitura crítica e zelosa revisão do presente artigo.

KEYWORDS: 1. Medical civil liability. 2. Medical malpractice. 3. Medical fault.

1. Introdução: a medicina como paradigma das profissões liberais

Não existe consenso quanto ao conceito de *professional liberal*. O termo, consagrado pelo uso, costuma designar o trabalhador livre para tomar decisões quanto ao exercício de sua profissão, embora o adjetivo *liberal* não decorra etimologicamente dessa liberdade característica, e sim das raízes romanas da expressão.¹ Trata-se de designação atribuída ao longo dos séculos a determinadas profissões cujo único atributo verdadeiramente comum repousava em sua natureza intelectual² – por oposição aos ofícios de labor físico, historicamente considerados menos nobres.³ Com efeito, tem-se admitido a qualificação “liberal” até mesmo para o profissional subordinado a vínculo contratual trabalhista, a indicar que a nota essencial da “liberalidade” não reside na ausência de subordinação, mas sim no conhecimento acadêmico ou universitário necessário à sua prática.⁴

Contemporaneamente, as profissões liberais têm sido designadas justamente como *profissões intelectuais*,⁵ afirmando-se que tais ofícios demandariam, necessariamente, diploma ou certificado de formação universitária na respectiva área de atuação. Cumpre ressaltar, porém, que parte da doutrina, embora aluda à necessidade de conhecimentos específicos para o exercício profissional, dispensa a exigência de

¹ Segundo relata José CRETELLA JÚNIOR: “o nome vem do direito romano. Em latim, o adjetivo *liberalis*, e dizia respeito à pessoa de condição livre, que não era escrava. As *artes liberales* eram as *belas letras*. Depois, as profissões ‘nobres’, por oposição às profissões ‘braçais’” (Profissão liberal (verbete). In R. LIMONGI FRANÇA (Coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. 62, p. 37-38. Grifos do original).

² Para Giovanni GIACOBBE trata-se de uma atividade humana qualificada pela presença de dois requisitos: i) a profissionalidade (continuidade de exercício) e ii) a intelectualidade (produção intelectual do sujeito). Diferencia-se, portanto, a prestação de um serviço que pressuponha uma criação ou produção intelectual (é o caso dos profissionais liberais) daquela outra espécie de serviços, que apenas correspondem à obtenção de um resultado material determinado (“Professioni intellettuali” (verbete). In *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè: 1987, p. 1066).

³ Alude-se, ainda, à natureza não industrial ou comercial da profissão: “Genericamente, designa-se assim qualquer atividade lucrativa por conta própria, que não seja de natureza comercial nem industrial” (Ana PRATA. *Dicionário jurídico*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1144).

⁴ “[...] não se exclui a possibilidade de ser o trabalhador liberal ou profissional liberal suscetível de um contrato de trabalho, em que se determine ou se evidencie uma subordinação, regulada e protegida pelas leis trabalhistas. Assim sendo, o caráter distintivo da profissão liberal está principalmente em ser uma profissão cujo exercício depende de conhecimentos acadêmicos ou universitários ou cujo êxito decorre da maior ou menor capacidade intelectual do profissional” (“Profissional liberal”. In DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 647).

⁵ Nota Giovanni GIACOBBE que, embora o ordenamento italiano faça referência às “Profissões intelectuais” ao disciplinar o “exercício de atividade laborativa não realizada no âmbito de uma organização empresarial”, trata-se em verdade da atividade autônoma tradicionalmente definida com a expressão “profissões liberais” (*Professioni intellettuali*, cit., p. 1065-1066).

diploma universitário,⁶ que tem sido relativizada, em tempos recentes, também nos Tribunais.⁷

Paradigma das profissões liberais, a medicina ostenta todos os elementos clássicos de caracterização do gênero (e, de fato, as obras que tratam do regime jurídico dos profissionais liberais costumam citar o médico como primeiro, senão único, exemplo dessa categoria). O diploma universitário é obrigatório para a prática médica por força do Decreto 44.054/1958,⁸ que aprovou o Regulamento do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais de Medicina.⁹ A atividade médica pode ser exercida de forma autônoma (via de regra, em consultórios médicos), sem vínculo de subordinação, ou em regime trabalhista (nas redes hospitalares pública ou privada); em qualquer caso, porém, assegura-se o livre exercício da profissão.

A liberdade de atuação do médico¹⁰ constitui notória garantia consignada no Código de Ética Médica, que dispõe: “o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer

⁶ Para Paulo Luiz NETTO LOBO (Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26. São Paulo: RT, abr./1998, p. 159), no conceito de profissão liberal estão abrangidas profissões que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica. Outros autores vão além, sustentando que o termo “profissional liberal” deveria ser igualmente empregado para designar qualquer trabalhador que trabalhasse por conta própria, com liberdade, independentemente da natureza da atividade. Nessa perspectiva, também seriam profissionais liberais “o sapateiro, o carpinteiro, o marceneiro, o electricista, o pintor, a costureira, desde que prestem o serviço com autonomia, sem subordinação” (Sergio CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261).

⁷ A referência decorre de decisão do STF em que se decidiu pela não recepção na ordem constitucional de 1988 do art. 4º, inciso V do Decreto-lei 972/1969, que exigia diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido pelo Ministério da Educação, para o registro no órgão regional competente, indispensável ao exercício da profissão (STF, Tribunal Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.6.2009). A exigência, considerada, à época, violadora da liberdade de expressão e informação pelo STF, tornou-se novamente objeto de debate com a PEC 33/2011, que torna o exercício da profissão de jornalista “privativo do portador de diploma de curso superior de Comunicação Social, com habilitação em jornalismo, expedido por curso reconhecido pelo Ministério da Educação”, em tramitação no Congresso Nacional.

⁸ Dispõe o Regulamento: “Art. 1º Os médicos legalmente habilitados ao exercício da profissão em virtude dos diplomas que lhes foram conferidos pelas Faculdades de Medicina oficiais ou reconhecidas do país só poderão desempenhá-lo efetivamente depois de inscreverem-se nos Conselhos Regionais de Medicina que jurisdicionarem a área de sua atividade profissional. Parágrafo único. A obrigatoriedade da inscrição a que se refere o presente artigo abrange todos os profissionais militantes, sem distinção de cargos ou funções públicas”.

⁹ Explica Heloisa Helena BARBOZA: “os Conselhos Federal e Regionais foram investidos por Lei, em sentido formal, no denominado ‘poder disciplinar’, que consiste na faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. O poder disciplinar se aplica a um grupo especial, ou a uma determinada classe de pessoas, buscando a pena disciplinar o aperfeiçoamento dos grupos submetidos a um estatuto comum (servidores públicos, profissionais liberais etc.)” (O que muda com o novo Código de Ética Médica? *Urologia essencial*, vol. I, n. 4. Sociedade Brasileira de Urologia, out-dez/2011, p. 21).

¹⁰ Afirmam Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e Ricardo Rachid de OLIVEIRA: “No caso dos médicos, a única restrição profissional que se pode fazer no exercício da medicina é a obrigatoriedade de inscrição nos quadros dos Conselhos Regionais de Medicina, mediante a apresentação do diploma de médico. Por evidente, é a lei que assim determina, porque a Constituição abre a possibilidade de se estabelecer[em] limites tão-só no que se refere às qualificações profissionais exigidas” (A ética médica e o livre exercício da profissão. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Orgs.). *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 245).

restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho”.

Ainda no que tange à liberdade de exercício da medicina, afirma-se que o dever de solidariedade do médico para com a sua classe profissional (não se posicionando contrariamente aos interesses legítimos da categoria, em situações como as que envolvem paralisações em prol de melhores salários nas redes hospitalares ou de remunerações dignas dos serviços médicos prestados em regime de convênio com empresas operadoras de planos de saúde) não pode constituir óbice à livre tomada de decisões pelo médico, que deve ter autonomia para decidir sobre o atendimento ou não de pacientes, ressalvadas as situações de urgência, quando sua atuação considera-se obrigatória.¹¹

2. Os mecanismos da responsabilidade civil do médico

Qualquer estudo sobre a responsabilidade civil do médico deve perpassar algumas categorias que, bastante tradicionais, ainda dominam o cenário doutrinário e jurisprudencial sobre o tema – muito embora seu significado original tenha sido, no mais das vezes, degenerado, à medida em que crescia a necessidade de se tutelar o paciente com prioridade em face do médico. Conquanto boa parte das distinções feitas a seguir venha perdendo força diante do predomínio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil do médico, seu estudo ainda se mostra relevante, já que elas continuam a ser invocadas pela jurisprudência, muitas vezes de modo atécnico e, até mesmo, intercambiável. A análise de tais categorias, atenta ao uso (mais ou menos adequado) que se tem feito delas, permitirá identificar a *ratio* que tem orientado sua aplicação – de modo geral, o privilégio às pretensões indenizatórias de pacientes em face de médicos, por meio da exoneração dos primeiros de seu ônus probatório em ações de responsabilidade civil.

i) Obrigações de meios e de resultado

A quase totalidade dos estudos dedicados à responsabilidade civil do médico – e dos profissionais liberais em geral – estruturou-se em torno da clássica distinção, elaborada por René Demogue a partir de uma decisão jurisprudencial da *Cour de Cassation*

¹¹ Ilustrativamente, aduzem Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e Ricardo Rachid de OLIVEIRA: “Afim, os médicos têm o direito de se recusar a atender os pacientes de uma determinada seguradora, por questões de remuneração. Trata-se, enfim, do direito constitucional de lutar por melhores condições de remuneração. Ora, se é um direito, melhor enquadrando, uma *facultas agendi*, não se pode obrigá-los a exercê-lo [...]” (A ética médica e o livre exercício da profissão, cit., p. 250).

francesa, entre *obrigações de meios e de resultado*.¹² A qualificação diferencia, de um lado, as prestações dotadas de um elemento subjetivo (um dever de ação ou abstenção) acompanhado de um elemento objetivo (a obtenção de um resultado) e, de outro lado, aquelas que apresentam apenas o elemento subjetivo. No primeiro caso, fala-se em *obrigação de resultado*; no segundo, em *obrigação de meios*.¹³

Diversos critérios já foram utilizados para a identificação da obrigação de meios, figurando a vontade das partes e a âlea da atividade como os mais relevantes.¹⁴ A doutrina mais atual tem reconhecido, porém, que é preciso “atentar prioritariamente para as finalidades contratuais e para as expectativas das partes que exsurtem do regulamento contratual”.¹⁵ Desse modo, o problema das obrigações de meios e de resultado pode ser assim sintetizado: embora sempre se exija do devedor o dever de diligência, em alguns casos este se revela o único elemento verdadeiramente exigível da obrigação – em uma palavra, seu objeto –, conforme se atribua maior ou menor grau de juridicidade ao dever de obter determinado resultado prático.¹⁶ Não por acaso, parte da doutrina prefere atribuir às obrigações de meios a alcunha *obrigações de diligência*.¹⁷

Diretamente vinculada ao agir diligente, a classificação se mostra, no ordenamento pátrio e alhures, extremamente útil ao regime de responsabilidade dos profissionais liberais em geral e, especificamente, do médico.¹⁸ Não se trata, porém, de categorias

¹² André TUNC ressalta, ao comentar a origem da distinção, que ela foi “admitida pela primeira vez pela Corte de Cassação, na famosa decisão de 20.05.1936 relativa à responsabilidade médica, [e] parece atualmente ter tomado assento definitivo na jurisprudência de nossa Corte Suprema” (A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*, vol. 778. São Paulo: RT, ago/2000, p. 755).

¹³ Em célebre estudo das obrigações no direito francês, leciona Fábio Konder COMPARATO sobre as obrigações de meios e de resultado: “*Lorsque Demogue a conçu cette dernière distinction déjà célèbre, elle s'appuyait certainement sur cette analyse de la prestation qui amène à distinguer d'une part les prestations comprenant un élément objectif – le 'résultat' –, en sus de la simple action ou abstention du débiteur, et d'autre part celles qui ne présentent que ce dernier élément subjectif*” (*Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 36).

¹⁴ Relata Pablo RENTERÍA: “Inicialmente, sustentou-se que o critério de classificação era a vontade expressa ou provável das partes, mas essa metodologia demasiadamente voluntarista logo se mostrou insuficiente. Defendeu-se em seguida, com grande entusiasmo, que o critério se identificaria com a âlea, de sorte que a obrigação é de meios quando o êxito do devedor no desempenho da atividade prometida depender de muitos fatores aleatórios. No entanto, esse método também se revelou insatisfatório, na medida em que a obrigação pode ser de resultado, a despeito de a realização do resultado prometido se sujeitar a fatores externos incontroláveis pelo devedor” (*Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132).

¹⁵ Pablo RENTERÍA, o.l.u.c.

¹⁶ Veja-se, ainda uma vez, a lição de Fábio Konder COMPARATO: “*C'est ainsi que l'on peut dire aujourd'hui, notamment après les recherches de M. Tunc, que le critère de la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens ou de simple diligence se trouve dans le caractère aléatoire ou certain du résultat voulu par le créancier. L'obligation a pour objet ce résultat voulu, lorsqu'on peut présumer que la diligence du débiteur l'obtiendra; dans l'hypothèse contraire, elle a pour objet la diligence du débiteur elle-même*” (*Essai d'analyse dualiste...*, cit., p. 37). V. também André TUNC. A distinção ..., cit., p. 757.

¹⁷ André TUNC. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 755.

¹⁸ Explica Pablo RENTERÍA: “O sentido da distinção entre obrigações de meios e de resultado é intuitivo. O devedor pode proteger ao credor que alcançará a seu favor determinado objetivo ou tão só que envidará seus melhores esforços nessa direção, mas sem se comprometer em realizá-lo. Clareza e simplicidade são,

insuscetíveis de críticas. Ao contrário, a distinção entre obrigações de meios e de resultado – reputada por muitos a *summa divisio* do direito obrigacional¹⁹ – recebeu, ao longo de sua evolução doutrinária, duros golpes por parte de diversos autores, que chegam a advogar por sua supressão, considerando-a “artificial e arbitrária”.²⁰ Com efeito, tem-se afirmado que a classificação restaria totalmente ociosa – por um lado, porque toda obrigação envolve o dever de diligência, não cabendo, assim, associá-lo apenas às obrigações de meios; por outro, porque mesmo na obrigação de meios o credor busca um resultado útil, consubstanciado no próprio agir do devedor empregando seus melhores esforços. Nesse sentido, toda obrigação seria, a um só tempo, de meios e de resultado.²¹

Confirma-se, porém, a utilidade da distinção, nem tanto para se diferenciarem ontologicamente as duas categorias, mas principalmente para se identificar, com maior facilidade, qual a prestação devida e, conseqüentemente, se houve ou não inadimplemento (conceito que não deve restringir-se à simples não verificação do resultado nas obrigações de meio). Nas discussões quanto ao regime de responsabilidade e à distribuição do ônus da prova, por outro lado, a discussão acaba obscurecida pela incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, como se expõe adiante.

ii) Natureza contratual ou aquiliana da responsabilidade do médico

Questão de difícil definição se refere à natureza (contratual ou extracontratual) da responsabilidade civil do médico. A doutrina majoritária opta pela primeira alternativa, afastando, em regra, a responsabilidade aquiliana.²² Com efeito, aduz-se que o ofício do médico corresponderia a uma prestação de serviços *sui generis*, consistente em

sem dúvida, qualidades importantes dessa classificação, que permanece útil tanto no direito francês, quanto no brasileiro, a despeito das duras críticas que sofreu, as quais se intensificaram nas últimas décadas” (*Obrigações de meios...*, cit., p. 1).

¹⁹ O termo é aludido por André TUNC. A distinção..., cit., p. 755.

²⁰ A qualificação, de Jorge Mosset ITURRASPE, é citada por Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2010, p. 168.

²¹ Reconhece Pablo RENTERÍA: “[...] toda obrigação é de meios e de resultado. De fato, toda relação obrigacional consiste na promessa do devedor em desempenhar determinada atividade (a prestação, objeto da obrigação) como meio para produzir, com o adimplemento, o resultado útil (muitas vezes, a entrega ou a transferência de certa coisa) que satisfaz o interesse do credor (a função da obrigação). É inconcebível, portanto, obrigação cujo adimplemento não produza resultado útil em favor do credor, assim como obrigação que não tenha por objeto a conduta do devedor” (*Obrigações de meios...*, cit., p. 131).

²² Afirma René SAVATIER: “Entre le médecin et le malade, intervient un contrat. Du contenu de ce contrat, dépend la responsabilité de l’un envers l’autre; il s’agit donc d’une responsabilité contractuelle” (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, Paris: LGDJ, 1951, p. 375). No mesmo sentido: Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 203; José de AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 277; Gustavo TEPEDINO. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Temas de direito civil*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84.

intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico.²³

A natureza da responsabilidade, porém, pode ser extracontratual, sendo certo que apenas as circunstâncias do caso concreto permitirão caracterizá-la.²⁴ Nesse sentido, não se afasta a possibilidade de responsabilidade aquiliana em hipóteses como as de omissão de socorro, atestados falsos, quebra de sigilo profissional, dentre outras.²⁵ Sem embargo da distinção, René Savatier já identificava que o fato de ser aquiliana a culpa não impedia sua apreciação à luz das regras da responsabilidade contratual, já que o médico estaria adstrito à mesma ordem de deveres em face de seus clientes, independentemente da existência de um contrato. Nesse sentido, a natureza extracontratual seria relevante apenas quanto a normas de ordem procedimental, tais como prazos prescricionais e regras de competência.²⁶ O entendimento ainda permanece atual, embora mereça temperamentos quanto à aferição do cumprimento, em concreto, dos deveres de informação contemporaneamente atribuídos ao médico.

A importância na determinação da natureza da responsabilidade sempre residiu, antes de tudo, na regra segundo a qual se presume a culpa na responsabilidade contratual, a inverter o ônus probatório em favor do lesado.²⁷ Com efeito, no âmbito contratual, afirma-se tradicionalmente que o simples fato do inadimplemento já permite presumir que o devedor da obrigação descumprida agiu culposamente, a justificar sua responsabilização por perdas e danos se caracterizado o inadimplemento absoluto.²⁸

²³ Gustavo TEPEDINO. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 85. No mesmo sentido: Heloisa Helena BARBOZA. Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set/2004, p. 54.

²⁴ Pondera Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR que a responsabilidade do médico “será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental” (Responsabilidade civil do médico. In Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 33).

²⁵ Os exemplos são aludidos por Gustavo TEPEDINO. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, cit., p. 86. Lembra René SAVATIER que também nos casos em que se configurar a responsabilidade criminal do médico no exercício de sua profissão (via de regra, por homicídio ou lesão corporal), cabe, via de regra, a cumulação com pretensão indenizatória da vítima no âmbito cível (*Traité de la responsabilité civile...*, cit., pp. 377-378).

²⁶ No original, afirma o autor: “*Mais nous croyons que le caractère délictuel de la faute ne l’empêche pas de s’apprécier comme la faute contractuelle. A défaut de contrat, en effet, les usages de la profession obligent toujours le médecin aux mêmes devoirs normaux envers ses clients. Au contraire, les règles de la responsabilité délictuelle peuvent s’appliquer en matière de compétence ou de prescription*” (René SAVATIER. *Traité de la responsabilité...*, cit., p. 378).

²⁷ Leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: “Embora se confundam ontologicamente [...] e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 329).

²⁸ Assim já se afirmava na clássica lição de PLANIOL e RIPERT: “*la faute contractuelle serait présumée; la faute délictuelle ne le serait pas*” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 2^{ème}. Paris: Librairie Générale de

Além deste importante efeito, a responsabilidade contratual atrai todo um regime específico para a relação jurídica. Assim, por exemplo, existe controvérsia quanto ao prazo prescricional para a reparação civil derivada de ilícito contratual ser o mesmo prazo de 3 anos previsto pelo art. 206, §3º, V do Código Civil para a responsabilidade aquiliana.²⁹ Da mesma forma, o foro competente para a ação indenizatória será o do local do dano (e não o do domicílio do devedor) na hipótese de responsabilidade extracontratual.³⁰

Tais questões tornaram-se de somenos relevância na atualidade, por força da incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a maior parte das ações de responsabilidade civil do médico, a atrair regime jurídico próprio que prevê regras específicas sobre todas essas questões. Além disso, cumpre ressaltar que a incidência de princípios fundamentais orientadores da relação médico-paciente, com especial destaque para o princípio da boa-fé objetiva, independe da caracterização da natureza da responsabilidade profissional como contratual. A insistência doutrinária nessa qualificação parece, assim, filiar-se mais à força da tradição que à sua utilidade prática nos dias atuais.

iii) Responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais

Afirma-se que a responsabilidade do médico (bem como, de forma geral, de todos os profissionais liberais) é do tipo subjetivo – vale dizer, exige-se a prova da intenção de causar dano ou da conduta negligente, imprudente ou imperita (em uma palavra, da culpa *lato sensu* do agente) para o surgimento do dever de indenizar. O Código Civil de 1916 era expresso nesse sentido, prevendo dispositivo específico sobre a atividade do médico, que determinava:

Droit et de Jurisprudence, 1907, p. 286). Concluíam os irmãos MAZEAUD: "la victime d'une faute contractuelle serait donc dans une situation bien meilleure que la victime d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. On dit couramment que la faute est présumée en matière contractuelle et non en matière délictuelle" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, cit., pp. 643-644). Na doutrina pátria, v. Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., p. 329.

²⁹ Dispõe o Código Civil: "Art. 206. Prescreve: [...] §3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil". A respeito, não há unanimidade na doutrina quanto à aplicabilidade do prazo também à pretensão de reparação por inadimplemento contratual. Na V Jornada de Direito Civil do Centro da Justiça Federal, em 2011, aprovou-se o seguinte enunciado: "Enunciado 419 – Art. 206, § 3º, V: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual". No mesmo sentido, v. Gustavo TEPEDINO; Heloisa Helena BARBOZA; Maria Celina BODIN DE MORAES (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 411. Afirma-se, porém, usualmente que o prazo do dispositivo referir-se-ia unicamente à responsabilidade civil derivada do ilícito genérico (art. 186). Nesse sentido, por todos, v. James Eduardo OLIVEIRA. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN, 2010, p. 238.

³⁰ Dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. [...] Art. 100. É competente o foro: [...] IV – do lugar do ato ou fato: a) para a ação de reparação do dano [...]".

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

O dispositivo, suprimido pelo codificador de 2002, era usualmente empregado, por analogia, para a caracterização da responsabilidade de outros profissionais liberais.³¹ No mesmo sentido, previu o Código atual, em seu art. 951:

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.

Com efeito, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa.³² Embora, porém, a doutrina afaste a responsabilidade sem culpa, na prática jurisprudencial não é incomum observar a aplicação de verdadeira responsabilidade objetiva às poucas hipóteses em que se considera que o médico tem obrigação de resultado (como no caso de cirurgias estéticas). Com efeito, embora se trate de conceitos totalmente díspares (um relacionado à identificação do próprio dano, vale dizer, à verificação ou não de inadimplemento, e outro associado ao fundamento da imputação de responsabilidade ao agente) a obrigação de resultados tem sido aplicada como responsabilidade sem culpa, e não como simples hipótese de inversão de ônus probatório.³³

³¹ Por todos, v. J. M. de CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 248.

³² Afirma Miguel KFOURI NETO: “A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber. [...] é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que estar-se-ia fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir automóvel por uma rua” (*Responsabilidade civil...*, cit., pp. 39-40).

³³ Veja-se como a obrigação de meios é, muitas vezes, equiparada à responsabilidade subjetiva: “[...] Não obstante os médicos e os hospitais serem caracterizados como prestadores de serviços, nos moldes do Estatuto Consumerista, a natureza de tais serviços impede que se desconsidere o fator culpa na aferição de responsabilidade, em vista das peculiaridades da relação existente entre pacientes e médicos e/ou hospitais, atividade de meio e não de resultados, nas quais se exige por parte dos prestadores unicamente a utilização dos recursos disponíveis para o tratamento do paciente [...]” (TJMG, 16^a C.C., Ap. Cív. 1.0672.02.096777-0/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, julg. 1.8.2007). Mesmo na hipótese de obrigação de meios, algumas decisões buscam a aproximação com a responsabilidade objetiva invocando uma suposta “culpa *in re ipsa*”, embora se afirme que a responsabilidade permanece subjetiva. Ilustrativamente: “[...] Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem, submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção

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

Direito civil. Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Superveniência de processo alérgico. Caso fortuito. Rompimento do nexo de causalidade. [...] 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico (STJ, REsp 985.888/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 16.2.2012).

3. Código de Defesa do Consumidor e a distribuição do ônus probatório no direito brasileiro atual

Conforme demonstrado até este ponto, todas as principais construções dogmáticas relacionadas à responsabilidade civil do médico têm em comum o fato de girarem em torno da alocação do ônus de provar a culpa profissional (sendo a tendência atual a de atribuição desse ônus, pelos mais diversos fundamentos, ao próprio médico – a quem caberá demonstrar que não faltou com a diligência devida se desejar se eximir do dever de reparar). De fato, a doutrina das obrigações de meios e de resultado adquiriu significativa relevância prática, antes de tudo, porque alguns autores fazem equiparar a prova do inadimplemento à prova da culpa nas obrigações de meios, e presumem o agir culposo nas obrigações de resultado descumpridas.³⁴ Por outro lado, um dos principais efeitos atribuídos tradicionalmente à caracterização da responsabilidade contratual

de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda da visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito – que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa *in re ipsa*, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva” (TJRJ, 6ª C.C., Ap. Civ. 598068245, Rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, julg. 11.11.1998).

³⁴ No caso das obrigações de resultado, chega-se mesmo a se aproximar a categoria da responsabilidade objetiva, como nesta passagem de Patrice JOURDAIN: “*On concédera même que, lorsque l’obligation est de résultat, l’idée de faute exprime assez mal la réalité de l’inexécution. Puisque le débiteur n’a qu’à prouver l’absence de résultat promis, dire qu’il est en faute n’a pas grand sens et certains parlent d’ailleurs de responsabilité contractuelle objective*” (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 70).

reside, igualmente, na facilitação da instrução processual pela presunção da culpa.³⁵ Não obstante sua riqueza teórica, o debate sobre todos esses aspectos da responsabilidade do médico tem sido substituído, na ordem jurídica pátria, tão somente pela aplicação do CDC aos danos decorrentes do exercício da medicina.

A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias,³⁶ muito embora a única referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine justamente a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades:

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

O aparente paradoxo se dissipa a partir da divisão, promovida pela jurisprudência contemporânea, do regime da responsabilidade civil do médico em dois momentos: um material e outro procedimental. Com efeito, o §4º do art. 14 remete o intérprete à sistemática da responsabilidade subjetiva do Código Civil, a exigir, portanto, a verificação da culpa (frise-se, não apenas do vício ou defeito do serviço, como na responsabilidade das relações de consumo).³⁷ Tem-se reconhecido, porém, que o Código de Defesa do Consumidor regula a relação médico-paciente para todas as outras questões, eminentemente procedimentais, decorrentes dessa responsabilidade.³⁸ Desse

³⁵ Afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: “Em face da dificuldade já proclamada que muitas vezes encontra a vítima para demonstrar a antijuridicidade da conduta do agente, encontrou foros de cidade entre os autores a transmutação da responsabilidade aquiliana em contratual” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 352).

³⁶ Em sede doutrinária, v., dentre outros: Bruno MIRAGEM. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2007; Eduardo Vasconcelos dos Santos DANTAS. Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina. In Antônio Macena de FIGUEIREDO; Roberto Lauro LANA (Coord.). *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 206 e ss. Na jurisprudência: “Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do §4º do artigo 14 [...]” (STJ, REsp 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005); e, ainda, dentre muitos outros: STJ, EDcl no REsp 704.272/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 2.8.2012; STJ, AgRg no Ag 1.229.919/PR, 4ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 15.4.2010.

³⁷ Registra Bruno MIRAGEM que a responsabilidade civil pelo fato do produto depende, dentre outros requisitos, da “existência de um defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até a sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente dele se espera. [...] Assim, aos requisitos tradicionais da responsabilidade civil – conduta, nexo de causalidade e dano – agrega-se à responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço o defeito” (*Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 435).

³⁸ Este o entendimento expresso, por exemplo, na seguinte decisão do STJ: “Recurso especial. Erro médico. Cirurgião plástico. Profissional liberal. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Prescrição consumerista. [...] O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às

modo, por exemplo, pode o juiz inverter o ônus probatório em favor do paciente-consumidor, nos termos do art. 6º, VIII do CDC,³⁹ bem como lançar mão de outros instrumentos previstos pelo diploma consumerista, tais como a aplicação do prazo do art. 27 do CDC à pretensão pela reparação dos danos⁴⁰ e a competência do foro do domicílio do paciente (autor da ação indenizatória) do art. 101, I do CDC.⁴¹

Alguns autores propõem, igualmente, a extensão de regras materiais do Código de Defesa do Consumidor ao caso do médico. Nesse sentido, já se afirmou que os profissionais liberais “submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc.”⁴² (principiologia, sem dúvida, indissociável da relação médico-paciente, mas que poderia, por outro lado, ser facilmente justificada sem o recurso ao diploma consumerista, como decorrência do princípio constitucional da solidariedade e da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil). Defende-se, ainda, a aplicação ao médico do dispositivo que obriga o fornecedor a entregar orçamento prévio ao consumidor (art. 40 do CDC),⁴³ bem como a incidência das regras atinentes à publicidade enganosa e à publicidade abusiva (arts. 36-38 do CDC), inclusive a tipificação das mesmas como infrações penais (arts. 67-68 do CDC), e a possibilidade de suscitarem sanções administrativas, tais como a contrapropaganda (art. 56 do CDC).⁴⁴ Em sede jurisprudencial, já se reconheceu também a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar por crime contra consumo o

normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005. Grifou-se).

³⁹ Nesse sentido: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Parto. Hipóxia neonatal. Sequelas para a recém-nascida e posterior falecimento. Responsabilidade objetiva da instituição. Dano moral. Indenização devida. Aplicável, *in casu*, o princípio da carga dinâmica da prova, além de possível, também, a inversão do ônus da prova, cujas hipóteses não se resumem à questão da hipossuficiência econômica, podendo ser deferida a inversão, também, com fundamento na inferioridade técnica ou na verossimilhança das alegações do consumidor, *ex vi* do art. 6º, VIII, do CDC, situações essas, todas, presentes no caso em comento, possibilitando a aplicação da regra, inclusive, *ex officio*. Precedentes do STJ. Não havendo demonstração pelo nosocômio acerca das excludentes de culpabilidade, atinentes à inexistência do defeito ou à culpa exclusiva da paciente (art. 14, § 3º, do CDC), patente sua responsabilidade, que no caso é objetiva. Situação em que está demonstrada, no mínimo, a concausa e o nexo respectivo com a atividade do réu [...]” (TJRS, Ap. Civ. 70008722951, 9ª C.C., Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julg. 21.6.2006).

⁴⁰ Reconhecendo a aplicação desse prazo à responsabilidade médica, v., ilustrativamente: STJ, AgRg no Ag 1278549/RS, 4ª T., Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julg. 28.6.2011; STJ, EDcl no REsp 704.272/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 2.8.2012; STJ, AgRg no Ag 1.213.352/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 23.11.2010; STJ, REsp 731.078/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005. Quanto ao início da contagem do prazo, considera-se a data do conhecimento do dano pelo paciente como termo *a quo* (STJ, REsp 1020801/SP, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 26.4.2011).

⁴¹ A aplicação deste dispositivo à responsabilidade civil médica já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 80.276, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 12.2.1996).

⁴² Sergio CAVALIERI FILHO. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261.

⁴³ Nesse sentido: DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina*, cit., p. 230. Disposição de teor muito semelhante pode ser encontrada no Código de Ética Médica, que veda ao médico “deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos” (art. 61).

⁴⁴ Em favor da aplicação do CDC, cf. Eduardo Vasconcelos dos Santos DANTAS. *Aplicação do Código do Direito do Consumidor ao exercício da medicina*, cit., pp. 226-227.

médico que oferece produtos impróprios ao consumo em seu consultório (art. 7º, IX da L. 8.137/1990 c/c art. 18, §6º, II e III do CDC).⁴⁵

Semelhante extensão do diploma consumerista à relação médico-paciente tem sombreado as principais questões atinentes à tradicional distinção entre obrigações de meios e de resultado e entre responsabilidade contratual e aquiliana. As regras, por assim dizer, procedimentais do Código de Defesa do Consumidor substituíram tais considerações pela possibilidade de inversão, *tout court*, do ônus da prova, em favor do consumidor, pelo juiz. Assim, a pretensão indenizatória daquele que sofreu dano causado por certo profissional liberal no exercício de sua atividade não precisa mais demonstrar a natureza contratual dessa responsabilidade, nem ingressar no mérito da natureza da obrigação (de meios ou de resultado), para eximir-se do ônus de provar a culpa pelo inadimplemento.

Mais do que uma simples mudança de técnica jurídica, trata-se, como se percebe, de substituir a imprescindível investigação dos elementos do caso concreto⁴⁶ (fosse para a qualificação da natureza – de meios ou de resultado – da obrigação, conforme as expectativas legitimamente geradas no paciente pelo médico, fosse para a identificação da responsabilidade contratual ou aquiliana, a partir da própria existência de uma avença prévia entre eles) por um juízo de verossimilhança ou hipossuficiência que, cumpre ressaltar, são reconhecidas invariavelmente em nossa prática jurisprudencial diante de relação de consumo.⁴⁷ Da caracterização do paciente como consumidor decorre de modo quase automático a justificativa da inversão do *onus probandi*, sem maiores considerações quanto ao vínculo concretamente estabelecido entre as partes.⁴⁸

⁴⁵ O entendimento foi expresso pela 4ª Turma do STJ, embora a condenação tenha sido afastada, no caso, por se ter demonstrado que a venda da substância comercializada pelo profissional em questão não era proibida no país (STJ, REsp 290.386/SP, 4ª T., Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, julg. 3.3.2009).

⁴⁶ Conforme afirma Pietro PERLINGIERI, “não é possível separar o conhecimento jurídico do fim prático da aplicação, do caso concreto ou do fato histórico a regulamentar. A interpretação dita doutrinária não pode deixar de se confrontar com a prática dos fatos, a não ser que pretenda se propor como uma dogmática sem alma, como uma pura técnica. O objeto do conhecimento jurídico é sempre dúplice, a norma e o fato concreto: cada um dos dois termos dialéticos é conhecido um em função do outro e vice-versa” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 612-613).

⁴⁷ O deferimento automático da inversão do ônus da prova pode ser visto, exemplificativamente, em: “[...] no presente caso, há incidência da lei consumerista e *consequente* inversão do ônus da prova” (TJSP, Ag. Instr. 1774874020128260000, 25ª CDPriv., Rel. Des. Vanderci Álvarez, julg. 12.9.2012. Grifou-se); e, ainda, dentre muitos outros: STJ, REsp 696.284/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 3.12.2009; TJRS, Ap. Civ. 70048530190, 9ª C.C., Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julg. 25.7.2012.

⁴⁸ Relatam Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: “Ora, não obstante a própria Lei Consumerista preveja que nem sempre o consumidor é hipossuficiente, o que temos visto, de forma rotineira, em inúmeras demandas judiciais, é exatamente se considerar, de forma automática, o paciente como hipossuficiente em relação ao esculápio ou ao estabelecimento de saúde, pelo simples fato de ser ele, em relação àqueles, a parte que, obviamente, não detém os mesmos conhecimentos técnicos do prestador do serviço médico, olvidando-se a interação existente entre o comportamento do paciente e do médico” (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60).

Assiste-se, assim, ao agravamento da responsabilidade do médico com base na lógica consumerista – muito embora seja questionável se se deve mesmo aplicar à relação médico-paciente disciplina idêntica àquela que protege o adquirente de produtos e serviços no mercado de consumo.⁴⁹ De fato, se a tutela privilegiada de determinado indivíduo deve ser proporcional ao seu grau de vulnerabilidade no contexto de uma relação jurídica concreta,⁵⁰ caberia indagar se o paciente pode ser considerado vulnerável em relação ao médico na mesma medida e pelas mesmas razões que o consumidor em face do fornecedor. E o próprio afastamento, pelo Código de Defesa do Consumidor, da atividade dos profissionais liberais do regime de responsabilidade objetiva por ele previsto, com remissão à responsabilidade com culpa do Código Civil, já sinaliza a resposta negativa.

Com efeito, a transposição da lógica consumerista (associada ao potencial danoso de serviços ofertados no mercado de consumo de massa)⁵¹ para a relação estritamente pessoal que caracteriza o vínculo entre cliente e profissional liberal exige cautela. Tal tendência vem ao encontro da crescente exacerbação das expectativas pendentes sobre a atuação do médico e dos profissionais liberais,⁵² como se fosse possível esperar o sucesso de seu trabalho na totalidade dos casos, ignorando-se a falibilidade natural de profissionais que podem contar exclusivamente com seu conhecimento científico, não

⁴⁹ O tema mostra-se controverso. Autorizada doutrina tem entendido que “O fato de a atuação do médico ter, em alguns casos, natureza personalíssima não é bastante para excluir a aplicação do CDC, que tem conceito próprio de fornecedor de serviços previsto em lei, e não pode ser excepcionado por norma do CFM-CRM, a qual será aplicável apenas no âmbito da competência dessas entidades” (BARBOZA, Heloisa Helena. *O que muda com o novo Código de Ética Médica?*, cit., p. 22). De outra parte, já se afirmou: “A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo [...], o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor [...]” (COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 65).

⁵⁰ Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES: “A cláusula geral [de tutela da pessoa humana] visa a proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo ‘que lhe é próprio’, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada” (O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 116).

⁵¹ A doutrina não é pacífica quanto à fundamentação da responsabilidade objetiva do CDC na teoria do risco, inclinando-se, muitas vezes, para um suposto caráter exemplar da responsabilização do fornecedor de produtos e serviços. Em rara abordagem do tema, Bruno MIRAGEM fundamenta a responsabilidade sem culpa do CDC na noção de risco-proveito: “No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo –, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. [...] Trata-se, no caso, de distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo” (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 427). O sistema brasileiro de responsabilidade civil adotou, porém, critério mais amplo, do chamado *risco-criado*, conforme sustenta Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., pp. 376-377.

⁵² Uma dessas consequências está na chamada “medicina defensiva, assim definida por Stefano RODOTÀ: “*Proprio di fronte al rischio di dover risarcire possibili danni, si sono radicati comportamenti volti non a garantire la salute del paziente, ma a mettere il medico al riparo da quella eventualità. Ecco, allora, la prescrizione infinita di accertamenti preventivi, di analisi forse inutili, fino alla rinuncia ad effettuare interventi ritenuti troppo rischiosi non per il malato, ma per il chirurgo*” (Processo alla previsione. Disponível em: <<http://triskel182.wordpress.com/2012/10/23/processo-alla-previsione-stefano-rodota/>>. Acesso em 2 nov. 2012.

dispondo de uma estrutura que permita a diluição do ônus econômico dessa super-responsabilização no preço dos serviços por eles oferecidos.⁵³

Sem dúvida, é possível afirmar que o paciente tende a revelar-se processualmente hipossuficiente nas ações por reparação de danos causados por erro médico, na medida em que não dispõe de conhecimentos técnicos para a identificação da conduta médica culposa,⁵⁴ nem tem em seu poder, na maior parte das vezes, os prontuários, históricos clínicos, laudos de exames e demais documentos probantes da conduta adotada pelo profissional de saúde.⁵⁵ Neste ponto, porém, a atribuição ao médico do ônus de provar que adotou o procedimento profissional mais adequado não deveria decorrer, propriamente, da *inversão* do ônus da prova pelo juiz, e sim da noção, mais contemporânea, de *carga dinâmica da prova*, que determina a distribuição do *onus probandi* entre todas as partes envolvidas no processo, proporcionalmente à sua proximidade aos meios de prova.⁵⁶

⁵³ Ao fundamentar a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, afirma Bruno MIRAGEM: “não se diga que o fornecedor suportará tais custos [oriundos da responsabilidade civil sem culpa pelos danos advindos da atividade]. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha a suportar” (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 428). A atribuição do ônus financeiro de uma super-responsabilização ao profissional liberal pressupõe um grande desenvolvimento econômico deste – ou, em outras palavras, um maior poder financeiro –, o que não necessariamente se verifica na realidade das profissões liberais. Pondera Guido CALABRESI que um dos riscos do uso de técnicas de fracionamento de danos está nas hipóteses de *paternalismo*, em que se presume que o indivíduo não é capaz de escolher o que é melhor para si e prefere transferir o custo de suas escolhas a outrem (*Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 84). De fato, embora toda situação de vulnerabilidade, em uma ordem jurídica de caráter personalista e solidarista, admita a intervenção estatal no sentido de prover uma tutela especial ao indivíduo, sabe-se que o paciente não é vulnerável pelas mesmas razões que o consumidor, sendo de se questionar se a expectativa de que o fornecedor reparta o custo de eventuais indenizações pode ser estendida, com a mesma argumentação, à atividade do profissional liberal.

⁵⁴ Argumenta Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos” (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 146).

⁵⁵ O próprio Código de Ética Médica, em seu art. 88, veda ao médico “negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros”, mas determina, no §2º do art. 87, que “o prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente”.

⁵⁶ Explica Humberto THEODORO JÚNIOR: “as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. [...] Daí ter-se, modernamente, formado um entendimento, com trânsito doutrinário e jurisprudencial, segundo o qual, nas ações de responsabilidade civil, sobretudo em situações de prestação de serviços técnicos como o dos médicos, dentistas e outros de grande complexidade, é de admitir-se um abrandamento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 333 do CPC. Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração” (*Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 430-431).

Não se pretende, com isso, desmerecer a relevância do mecanismo da inversão do ônus da prova. De fato, tem-se afirmado que, “no que tange às ações de responsabilidade médica, a sua maior utilidade é munir o magistrado de sólidos argumentos jurídicos para superar a resistência contra a flexibilização da valoração da culpa médica”.⁵⁷ Trata-se de antiga necessidade identificada pelo julgador, que, diante da hipossuficiência⁵⁸ que, em geral, caracteriza o paciente, buscava inverter o ônus da prova mesmo nas hipóteses de obrigações de meios, em que a não obrigatoriedade de obtenção do resultado útil costumava exonerar o médico do ônus de comprovar sua conduta adequada. A doutrina francesa chegou a criar a figura da *obligation de moyens renforcés*, com o objetivo de fazer presumir a culpa do devedor em certos casos de inadimplemento.⁵⁹

A noção de carga dinâmica da prova, porém, explica com maior facilidade a atribuição do ônus da prova ao médico, não partindo de um juízo apriorístico que caracterize o paciente simplesmente como consumidor vulnerável, mas considerando, em vez disso, a facilidade de acesso à prova no caso concreto. Tem sido, por isso, muitas vezes aplicada, redundantemente, em conjunto com a inversão do *onus probandi* pela jurisprudência, que recorre à base positiva oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor para indicar a simples necessidade de não extrair uma questão eminentemente prática e procedimental como a instrução processual de qualificações teóricas e de direito material, como a natureza da obrigação e o regime de responsabilidade.

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

⁵⁷ Pablo RENTERÍA. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 111-112.

⁵⁸ “Hipossuficiência é um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo há de ser fixado pelo juiz em face do caso concreto. Não se confunde com vulnerabilidade, embora integre suas características. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor será hipossuficiente. O Código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos” (Sérgio CAVALIERI FILHO. *Programa de direito do consumidor*, cit., p. 293).

⁵⁹ Pablo RENTERÍA. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 23.

4. A figura do erro médico e o problema da dissimulação da responsabilidade objetiva

A maior parte dos estudos dedicados à responsabilidade civil do médico busca listar grande número de hipóteses concretas de conduta culposa, ou, em vez disso, categorizar diversos deveres gerais atribuíveis à atividade médica. Recai-se, desse modo, em um indesejável casuísmo, incapaz de esgotar as incontáveis possibilidades de danos ressarcíveis advindos do exercício da medicina, ou de sistematizar, de modo útil, a conduta diligente que se pode legitimamente esperar do profissional de saúde.⁶⁰ Nesse sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira que, “bem aplicados os princípios, não há mal em que a conduta do médico seja apreciada na conformidade dos princípios gerais, combinados com as normas regulamentares da profissão, sob orientação dos bons conceitos doutrinários, oriundos da experiência”.⁶¹

Sendo a responsabilidade civil do médico de natureza subjetiva, sua análise depende, fundamentalmente, de como a culpa se manifesta na produção de danos no exercício da medicina. Não se trata, porém, de hipótese essencialmente distinta dos demais casos de responsabilidade civil subjetiva: a prática culposa da medicina não difere, em natureza ou efeitos, de qualquer outra conduta culposa ensejadora de dano ressarcível.⁶² De fato, embora parte da doutrina fizesse distinção entre culpa ordinária e culpa profissional (esta última associada a condutas exclusivas de determinado ofício), a classificação acabou superada, diante de sua irrelevância para a disciplina da responsabilidade do médico.⁶³

A culpa na responsabilidade civil do profissional de saúde costuma ser materializada na figura do denominado *erro médico*. Trata-se de aceção bastante ampla do termo “erro”, aqui compreendido como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão de um profissional”.⁶⁴ Embora onipresente nas obras que se dedicam ao assunto, a

⁶⁰ Adverte Caio Mário da Silva PEREIRA: “Não é possível descer a minúcias para estabelecer em que consiste o ato culposo no diagnosticar, no prescrever, no tratar o cliente. Se [o médico] age com culpa, e daí resulta um prejuízo para a pessoa sujeita a seus cuidados, responde por perdas e danos. As hipóteses lembradas pelos autores, na maioria hauridas da jurisprudência, são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz, em cada caso, ponderar as circunstâncias, para só então qualificar a espécie” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 202-203).

⁶¹ *Responsabilidade civil*, cit., p. 201. Remata o autor: “É de todo conveniente admitir que o profissional se conduza pelas normas próprias de sua arte ou ofício. O fato de se deixar sem referência algumas delas não traduz dispensa” (Ibid.).

⁶² V., por todos, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR. *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 145.

⁶³ Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., p. 204.

⁶⁴ Hildegard Taggesell GIOSTRI. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 125.

expressão “erro médico” oferece ao menos uma incerteza ao estudioso: justamente, quanto à sua natureza. Trata-se de expressão leiga,⁶⁵ mas não são raras as ocasiões em que se faz alusão ao erro médico como se se tratasse de um requisito da responsabilização civil do médico. Mas que requisito seria esse? Estariam equivocados os autores clássicos ao afirmarem que a responsabilidade civil do médico se configura como qualquer outra hipótese de responsabilidade civil subjetiva? Ou poderia o erro médico confundir-se com os elementos tradicionais que ensejam o dever de indenizar?

O erro não pode ser identificado no próprio dano: ao contrário, via de regra, um erro na atuação do médico *conduz* ao dano sofrido pelo paciente, por isso mesmo não se confundindo com o próprio resultado indesejado. Não se equiparam tampouco o erro e o nexo de causalidade: na verdade, se o nexo causal cumpre a função de conectar a conduta profissional ao resultado danoso,⁶⁶ o erro parece situar-se em um desses dois polos – nomeadamente, o da conduta –, de tal modo que seria mais razoável afirmar que o nexo vincula *também o erro* ao dano, não coincidindo com o próprio erro.

Afirmar-se-ia, então, que o erro médico se equipara a um tipo de conduta (considerada por muitos autores um requisito específico da responsabilidade civil)?⁶⁷ Uma rápida análise já permite concluir negativamente. O erro, como intuitivo, constitui um juízo valorativo sobre a conduta – fala-se que há erro porque a conduta (ativa ou omissiva) do causador do dano mostra-se desconforme àquela postura profissional que teria, supostamente, evitado o resultado desvantajoso. Assim, o erro é um julgamento sobre a própria conduta – por assim dizer, um *posterius*: é porque um dano sobreveio ao agir profissional que se afirma, em termos leigos, que o médico *errou*.⁶⁸

Seria o caso, por fim, de se afirmar que o erro médico se confunde com a culpa? Eis uma das principais perguntas que se impõem a um estudo técnico da responsabilidade civil do médico. Com efeito, a doutrina parece usar o termo “erro médico”, às mais das

⁶⁵ Expressão que não se confunde, evidentemente, com o defeito do negócio jurídico também denominado “erro”, disciplinado pelos arts. 138 e ss. do Código Civil.

⁶⁶ Segundo Gisela Sampaio da CRUZ, “o nexo causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização” (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22).

⁶⁷ Embora alguns autores entendam a conduta subsumida no requisito da culpa, outros preferem explicitá-la. Assim, por exemplo, Sérgio CAVALIERI FILHO: “Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo” (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 23).

⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, José Carlos MALDONADO DE CARVALHO identifica a “necessidade de se proceder à separação entre o ‘mau resultado’ e o ‘erro médico’” (*Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56).

vezes, como sinônimo de culpa – embora tal confusão dificilmente se faça de modo expresso.⁶⁹ Um exame mais aprofundado da questão, contudo, permite identificar com clareza mais uma resposta negativa. A culpa, como se sabe, corresponde à justificativa ético-jurídica da atribuição do dever de indenizar a um agente que tenha dado causa a determinado dano, caso esse agente tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia (ou, *a fortiori*, se agiu com vontade deliberada de ensejar o evento danoso).⁷⁰

Ocorre que o chamado erro médico, como já afirmado, constitui um juízo de valor sobre a conduta profissional, promovendo uma comparação entre o procedimento adotado e aquele que, em tese, teria evitado o dano já conhecido. Em outras palavras, o juízo valorativo do erro não está propriamente interessado na maior ou menor diligência adotada pelo médico, não indaga se desejava ele ou não produzir o dano, não identifica se a legítima confiança do paciente na conduta do médico foi violada. A noção de erro avalia apenas se a conduta médica adotada diferiu de outra conduta que possivelmente não ocasionaria o dano.⁷¹ O médico absolutamente diligente, que, diante de dois tratamentos igualmente cabíveis (segundo o mais apurado conhecimento científico) para determinado quadro clínico, prescreve um deles e não consegue curar o enfermo, na acepção corrente do termo, *errou* tanto quanto aquele que prescrevesse um terceiro tratamento, totalmente inapropriado.⁷²

Como se percebe, o problema em se confundirem erro e culpa reside na conclusão lógica decorrente da equiparação: se o erro equivale à culpa, sempre que a conduta médica conduzir a um dano e for possível cogitar de outra conduta que, hipoteticamente, não produziria o mesmo prejuízo, restaria configurada a responsabilidade do médico. Dito de outro modo, equiparar o erro à culpa significa promover uma objetivação velada da responsabilidade do médico. A afirmativa se

⁶⁹ A confusão se promove das mais variadas formas. Avalia, por exemplo, José Carlos MALDONADO DE CARVALHO que “é frequente dizer que o erro médico se dá ‘quase sempre por culpa’” (o.l.u.c.).

⁷⁰ Na lição de Maria Celina BODIN DE MORAES: “Sob a inspiração genérica de princípio elaborado no direito romano, consolidado pelo direito canônico e com base na influência direta do Código Napoleão, o Código Civil brasileiro de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito, isto é, numa cláusula geral cujo elemento nuclear se configurava na noção de culpa *lato sensu*. [...] O princípio era tido então como axiomático, isto é, moralmente universal, pois deduzido de uma razão ético-jurídica válida atemporalmente, correspondente à ideia de punição por um ilícito cometido” (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 381-382).

⁷¹ Na síntese de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, com base na jurisprudência da Corte de Cassação francesa: “a culpa supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana” (Responsabilidade civil do médico, cit., p. 145).

⁷² Adverte Marcelo BENACCHIO: “as consequências danosas oriundas do próprio tratamento preconizado pela ciência médica, apesar da causalidade com a atuação do médico, não podem ser compreendidas como erro médico em virtude de serem decorrências das vicissitudes do próprio corpo humano e dos limites da ciência que persegue seu tratamento [...]” (Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In Rosa Maria de Andrade NERY; Rogério DONNINI (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 336).

justifica por este simples raciocínio indutivo: se há inúmeros casos em que a intervenção médica produz dano (portanto, casos em que o médico supostamente *erra*), mas não se afigura legítimo responsabilizar o profissional, isso só pode ser possível se o erro e a culpa constituírem noções distintas – e a responsabilidade do médico deve depender apenas da demonstração desta última. Equiparar erro e culpa retira do médico um dos requisitos da responsabilidade, restando-lhe tão somente alegar, se houver, alguma causa de interrupção do nexo causal – justamente como se de uma hipótese de responsabilidade objetiva se tratasse.

Poder-se-ia argumentar, não sem razão, que bastaria juridicizar a noção de erro, equiparando-a, por exemplo, ao procedimento inadequado do profissional, identificado em parecer especializado de um perito ou junta médica. Nesse caso, porém, por sua própria semântica, haveria o risco de o termo remeter, predominantemente, à noção de imperícia – e assim, de noção muito maior que a culpa, o erro médico acabaria por tornar-se noção muito menor. Seria necessário superar mais este desvio de aplicação para que a designação, coincidindo milimetricamente com a culpa, pudesse ser empregada sem acarretar, na prática, a desvirtuação da responsabilidade subjetiva.

Além de todas as referidas dificuldades, a expressão “erro médico” apresenta um último inconveniente: revela-se muito próxima da concepção clássica de culpa,⁷³ dita *culpa psicológica*, associada à violação de dever específico preexistente, na formulação clássica de Planiol, e vinculada à consciência do procedimento e à previsibilidade do resultado.⁷⁴

O direito civil contemporâneo, ao contrário, caminha em direção à adoção de parâmetros objetivos de valoração dos fatos jurídicos, o que tem ocasionado, no que concerne à disciplina da responsabilidade civil subjetiva, a substituição da concepção psicológica da culpa por uma segunda noção, denominada *culpa normativa*, baseada no descumprimento da máxima do *neminem laedere*.⁷⁵ Nessa acepção, “a culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto

⁷³ Adverte Maria Celina BODIN DE MORAES: “especialmente devido à reconhecida dificuldade em diferenciar erro e culpa, mais útil ainda se torna o aproximar-se da concepção normativa em sentido estrito, isto é, defender a relatividade da culpa (*rectius*, do erro), inclusive com relação a cada uma das especialidades médicas” (*Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 215).

⁷⁴ Caio Mário da Silva PEREIRA. *Responsabilidade civil*, cit., p. 75-77.

⁷⁵ Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: “O conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita ‘normativa’ ou ‘objetiva’, da outra, dita ‘psicológica’” (Risco, solidariedade..., cit., p. 395).

é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”.⁷⁶ Com a noção normativa da culpa, valorizam-se os componentes objetivos do comportamento juridicamente merecedor de tutela, de tal modo que seu descumprimento se torna o fundamento de imputação da responsabilidade,⁷⁷ afastando-se o exame – ficcional e, portanto, inconveniente em si mesmo – de qualquer elemento subjetivo vinculado à consciência e à possível previsibilidade em relação ao resultado danoso.

A evolução de um critério eminentemente subjetivo de culpa para um parâmetro objetivamente aferível (ação conforme ou desviante a padrões médios de conduta) se justifica no cenário da pós-modernidade, em face de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada. Ironicamente, é no momento histórico de menores certezas e poucos consensos (pouco fértil, por isso mesmo, em padrões genéricos na maior parte das matérias) que se torna necessário propor, para o caso da responsabilidade civil do médico, o recurso a parâmetros gerais de conduta. Isso porque, se no passado foi possível atribuir, com facilidade, o dever de reparar a partir de uma compreensão social (bastante homogênea) sobre a valoração que deveriam receber as condutas individuais,⁷⁸ o momento contemporâneo insere tantas novas variáveis na *fattispecie* concreta que se faz preciso fixar algum novo critério objetivo para que o regime da responsabilidade civil seja dotado de alguma segurança e previsibilidade.⁷⁹

Tal afirmação se torna mais clara quando analisada à luz de exemplos práticos do exercício da medicina. Certamente, a atribuição de responsabilidade nas hipóteses de grave imperícia ou negligência – aquelas encontradas nos textos clássicos, tais como o

⁷⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES. *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 211.

⁷⁷ Na clássica página de Stefano RODOTÀ: “*La violazione del limite della solidarietà, implicita nell'esserci verificato un danno ingiusto, esige [...] una qualificazione in direzione soggettiva, perchè si possa far luogo alla imputazione della responsabilità a titolo di colpa [...]. Questa qualificazione è possibile in quanto il limite della solidarietà si presenta pure come misura dell'agire, standard operante sempre che un contatto sociale specifica in concreto l'esigenza di apprezzare le componenti obiettive del comportamento*” (*Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, pp. 173-174).

⁷⁸ Ressalta Stefano RODOTÀ que a necessária associação entre os valores da dignidade e da liberdade poderia, segundo certa concepção, fazer com que a dignidade perdesse sua natureza de valor comum a todos os indivíduos; assistir-se-ia, assim, à “nostalgia de uma ‘moral normativa’, que seria de modo absoluto o firme baluarte de que o direito precisaria para não perder os mil córregos das morais individuais, e obter o necessário consenso coletivo” (Autodeterminação e laicidade. Traduzido por Carlos Nelson KONDER. Originalmente publicado em *Perché laico*, 2. ed. Bari: Laterza, 2010, pp. 189-205).

⁷⁹ “Não obstante a aparente contradição em termos, a mudança foi simples e significativa, porque se compreendeu que a concepção antiga, a psicológica, é que era, sob certo ponto de vista, ‘objetiva’, em razão de reconduzir todas as situações a uma única noção, abstrata, sob o modelo do bom pai de família, isto é, um modelo invariável de diligência. Através da nova concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, da direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram ‘subjetivados’ ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – *standards* – de conduta, que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais” (Maria Celina BODIN DE MORAES. *Danos...*, cit., p. 213).

instrumento cirúrgico deixado no interior do corpo do paciente, ou o erro crasso no diagnóstico de enfermidade muito comum – não oferecem maiores dificuldades ao intérprete de hoje. A atividade médica, porém, restaria inviabilizada diante do diversificado cenário atual, em que a multiplicidade de novas técnicas, aparelhagens e exames, aliada ao desenvolvimento do conhecimento científico mundial e à crescente preocupação com a autonomia da vontade do paciente proporcionam múltiplas variáveis para os resultados dos tratamentos, se o profissional de saúde não pudesse se basear no cumprimento de procedimentos-padrão que legitimem sua conduta e retirem de seu âmbito de responsabilidade possíveis danos que estão fora de seu controle.

Nesse cenário, o fundamento de atribuição da responsabilidade ao médico deve ser o descumprimento de um conceito normativo de culpa, objetivamente aferível a partir do descumprimento de procedimentos padronizados, sensíveis à confiança naturalmente despertada na sociedade pelo exercício de uma profissão liberal, mas concebidos de modo a não se exigir do médico onisciência ou infalibilidade sobre-humanas,⁸⁰ e sim a diligência e perícia legitimamente esperáveis pelo paciente e pela sociedade.

Nesse diapasão, o futuro da responsabilidade civil do médico parece residir na previsão, não mais de deveres taxativos⁸¹ ou de hipóteses de erro médico⁸² – herança de uma mentalidade tipificadora paulatinamente abandonada pelo direito civil –, mas de procedimentos-padrão⁸³ capazes de determinar a legitimidade da atuação médica levando em conta, dentre outros fatores: i) o estado da arte da ciência médica, no que tange ao procedimento, terapia, exame ou conduta adotados;⁸⁴ ii) as normas éticas

⁸⁰ Advertem Antonio Ferreira COUTO FILHO e Alex Pereira SOUZA: “o médico também é uma pessoa, sujeito a inúmeras limitações impostas pela sua própria condição humana e também pela Ciência Médica, sem contar a ação ou a omissão do paciente durante um certo tratamento” (*Responsabilidade civil médica e hospitalar*, cit., p. 60).

⁸¹ A doutrina costuma listar inúmeros deveres atribuíveis aos médicos, adotando cada autor uma sistemática diferente. Aguiar DIAS (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 285) divide os deveres do médico entre conselhos, cuidados, obtenção de consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo. Gustavo TEPEDINO (*A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*, cit., p. 90), por sua vez, sistematiza-os como deveres de informação, emprego da técnica adequada e tutela do melhor interesse do enfermo.

⁸² Muitos autores elencam diversas hipóteses de erro médico. Exemplificativamente, com diversos exemplos de casos de negligência, de imprudência e imperícia médica, v. Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., pp. 93 e ss.

⁸³ Assim, por exemplo, entende Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa” (*Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 145).

⁸⁴ Afirma Bruno MIRAGEM: “Exigência inafastável, contudo, será a de que o profissional permaneça atualizado na sua área de atuação. Considera-se inerente ao dever de conhecimento técnico do profissional médico sua permanente atualização, o que faz situá-lo de acordo com o grau de desenvolvimento científico” (*Responsabilidade civil médica...*, cit., p. 61).

atinentes à profissão e aos princípios da bioética;⁸⁵ e iii) o respeito à autonomia existencial hoje reconhecida ao paciente, exercida por meio de escolhas baseadas no intercâmbio de informações com o médico.⁸⁶

Tais fatores correspondem, em larga medida, aos deveres de segurança e de informação normalmente associados às profissões liberais. O procedimento adequado aos padrões científicos proporciona a segurança legitimamente esperada da conduta profissional, ao passo que o consentimento informado e o diálogo construído entre médico e paciente correspondem ao núcleo do dever de informação imputado ao médico. Tais deveres, porém, embora didaticamente úteis, não devem ser vistos como setores estanques do atuar médico, sob pena de se recair no já referido casuísmo que permeia a maior parte das obras que tratam da responsabilidade civil desse profissional.⁸⁷ As normas éticas da profissão e os princípios da bioética, por exemplo, comunicam-se tanto com o aspecto da segurança quanto com o aspecto da informação, e não seria incorreto afirmar que o intercâmbio de informações entre médico e paciente também deve obedecer padrões estabelecidos pela própria comunidade científica para casos concretos semelhantes.

5. Conclusão

Nada impede que a culpa do médico receba a denominação de *erro* – ou, aliás, qualquer outra designação. Não bastasse, porém, o desvio de técnica jurídica ao se diferenciarem categorias quando não há diversidade de requisitos ou efeitos entre elas (como não parece haver, realmente, entre a responsabilidade civil do médico e a

⁸⁵ Afirmam Carlos Alberto Dabus MALUF e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus MALUF que a relação médico-paciente deve ser pautada “pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada. É de vital importância o respeito aos princípios bioéticos de autonomia (externado pelo consentimento livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e justiça, objetivando o melhor cuidado dedicado ao paciente tendo em vista sua intrínseca dignidade” (A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 512).

⁸⁶ O consentimento do paciente, nesse contexto, tem desempenhado, nos últimos anos, papel de extrema relevância, por vezes quase onipresente, para a legitimação do procedimento médico (a respeito, v. Miguel KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, cit., pp. 40 e ss.). Trata-se de noção que se difundiu no bojo da ampliação dos direitos do paciente e do desenvolvimento dos instrumentos de defesa da autonomia existencial como forma mais direta de realização da própria dignidade humana. Conforme registra Stefano RODOTÁ, “O termo ‘consentimento’ ter sido acompanhado com a especificação ‘informado’ caracteriza um modo peculiar de distribuir poder e responsabilidade. O ônus da informação se desloca do paciente para o médico, para os tantos interessados na coleta dos dados pessoais, para as instituições públicas. São estes os sujeitos que devem fornecer-lhe a informação necessária para que a sua decisão possa ser verdadeiramente livre e consciente (Autodeterminação e laicidade, cit.).

⁸⁷ Por outro lado, não se questiona que o descumprimento de qualquer um desses deveres pode gerar responsabilidade civil, mesmo que os demais não tenham sido descumpridos: “O dever de informar é independente do dever de diligência do médico na realização do tratamento e procedimentos correlatos, podendo ocorrer responsabilização civil do médico por falta de cumprimento do dever de informação, mesmo na hipótese de ausência de erro médico” (Marcelo BENACCHIO. *Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões*, cit., p. 334).

responsabilidade subjetiva em geral), fato é que a semântica do termo contribui sobretudo para o desprestígio do papel da culpa nos casos de imputação do dever de indenizar ao médico. Se se pretende reafirmar o paradigma da culpa para a responsabilidade desse profissional (e dos profissionais liberais em geral, como determina o CDC) e afastá-la do mecanismo de responsabilidade objetiva – sob pena de injustificável super-responsabilização da prática da medicina, que pode mesmo, muitas vezes, inviabilizá-la –, parece preferível evitar a terminologia, que ademais em nada contribui para o estudo da matéria.

Afirmada sua natureza subjetiva, a análise da responsabilidade civil do médico exige cautela. Com efeito, o direito civil contemporâneo não se coaduna com o tradicional conceito psicológico de culpa, exigindo, em vez dele, a atenção a *standards* de conduta, procedimentos-padrão cuja observância permite evidenciar a conduta diligente do profissional. Tais procedimentos, de difícil tipificação em abstrato, devem ser extraídos da prática profissional da própria comunidade médica, conduzindo o julgador a um imprescindível diálogo com especialistas. O desafio atual, portanto, consiste na busca de mecanismos para harmonizar o parecer do perito médico diante do caso concreto e o juízo realizado pelo hermeneuta, a quem cabe juridicizar e conferir segurança à aplicação das normas e procedimentos profissionais.

6. Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. O que muda com o novo Código de Ética Médica? *Urologia essencial*, vol. I, n. 4. Sociedade Brasileira de Urologia, out-dez/2011.

_____. Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set/2004.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In Rosa Maria de Andrade NERY; Rogério DONNINI (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. A ética médica e o livre exercício da profissão. In LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Profissão liberal (verbete). In LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. 62.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aplicação do Código do Direito do Consumidor no exercício da medicina. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro (Coord.). *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GIACOBBE, Giovanni. "Professioni intellettuali" (verbete). In *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè: 1987.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2005.

JOURDAIN, Patrice. Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26. São Paulo: RT, abr./1998.

MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I. Paris: Recueil Sirey, 1947.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PLANIOL, Marcel ; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome 2^{ème}. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2008.

RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Traduzido por Carlos Nelson KONDER. Originalmente publicado em *Perché laico*, 2. ed. Bari: Laterza, 2010.

_____. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967.

_____. Processo alla previsione. Disponível em: <<http://triskel182.wordpress.com/2012/10/23/processo-alla-previsione-stefano-rodota/>>.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II, Paris: LGDJ, 1951.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*, vol. 778. São Paulo: RT, ago./2000.

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/do-erro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>>. Data de acesso.