

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Bárbara Quadrado Massafra*

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil. 2.1. Da ação e omissão. 2.1.1. Das teorias fundamentais da responsabilidade civil. 2. 2. Dos danos. 2.2.1. Dos danos materiais. 2.2.2. Dos danos imateriais. 2.3. Do nexu causal. 3. Análise do consentimento informado na relação médico-paciente. 3.1. Da responsabilidade subjetiva e contratual do médico. 3.2. Da incidência do CDC na relação médico-paciente e o dever de informar. 3.3. Do consentimento informado: conceito, alcance, formalidades. 3.4. Excludentes de responsabilidade aplicáveis ao profissional da medicina. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: O esclarecimento dos pacientes ou seus familiares, de forma verbal ou escrita, quanto aos tratamentos médicos propostos e seus riscos, é preocupação relevante tanto na seara jurídica quanto na Medicina. A relação médico-paciente é fundada em direitos e deveres essenciais de cada uma das partes, entre eles o dever de informação. A informação prestada pelo médico profissional deve ser clara e adequada, de maneira a garantir o entendimento do paciente de todas as circunstâncias que envolvem a realização ou não de determinada terapia, garantido assim o seu consentimento consciente e livre de vícios, para a execução do tratamento médico proposto especificamente. Esta pesquisa objetiva analisar alguns aspectos importantes do consentimento informado, seu processo de aquisição, bem como sua estreita relação com a responsabilidade civil do mé-

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo IET-PUCRS.

dico. O ideal é que esse consentimento seja registrado em um documento escrito, nomeado Termo de Consentimento Informado, para que seja facilitada a comprovação, pelo médico, do seu cumprimento do dever de informação, em caso de demanda judicial. A comprovação do atendimento à obrigação acessória de informar não é suficiente para eximir a responsabilidade do médico, havendo comportamento negligente, imperito ou imprudente por parte do profissional no cumprimento da obrigação principal, qual seja, o ato médico. A responsabilidade civil do médico pode ser afastada, ainda, pela ocorrência de caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima ou do terceiro.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do médico. Dever de informar. Consentimento informado.

Abstract: The clarification of patients or their relatives, either orally or in writing, on the proposed medical treatment and its risks, it is important concern both the legal harvest as in medicine. The doctor-patient relationship is founded on core rights and obligations of each party, including the duty to inform. The information provided by the medical professional must be clear and appropriate in order to ensure the patient's understanding of all the circumstances surrounding and whether or not a given therapy, thus guaranteed their conscious and free consent of vices, for the implementation of treatment doctor specifically proposed. This research aims to analyze some important aspects of informed consent, the process of acquisition as well as its close relationship with the civil responsibility of the doctor. Ideally, such consent to be recorded in a written document, named Informed Consent Form, so that the evidence is facilitated by the doctor, its compliance with the duty to inform in case of lawsuit. The evidence of compliance with accessory obligation to inform is not sufficient to exempt the responsibil-

ity of the physician, with negligent behavior, inexperienced or reckless by the professional in fulfilling the main obligation, namely the medical procedure. The doctor's liability may be excluded also by the occurrence of unforeseeable circumstances or force majeure and exclusive fault of the victim or third.

Keywords: Civil responsibility of the doctor. Duty to inform. Informed consent.

1 INTRODUÇÃO



A presente pesquisa tem o intuito de examinar a responsabilidade civil concernente às atividades do médico em face do processo de consentimento livre e informado do paciente, o qual antecede os procedimentos terapêuticos efetuados pelos profissionais da saúde.

Tal análise consiste em esclarecer se a realização do processo de consentimento informado e a angariação da respectiva documentação, qual seja – o termo, pode servir de subsídio para eximir a responsabilidade civil do médico, nos limites de sua atividade profissional, em caso de danos decorrentes da prática terapêutica.

O estudo exige, no princípio, uma breve excursão pelos pressupostos de caracterização da responsabilidade civil como instituto jurídico, quais sejam, a ação ou omissão, os danos – materiais e imateriais – e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a lesão.

Em seguida, aventa-se sobre a responsabilidade civil médica específica, sua classificação como subjetiva e contratual, ante os elementos essenciais de caracterização do instituto: dano, descumprimento de dever jurídico/contratual. Versa-se também sobre os efeitos da utilização ou não do processo de consentimento informado, analisando sua disposição legal em

face da realidade prática.

Na sequência será analisada a relação médico-paciente sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, avaliando-se a aplicação do dever de informação disposto na lei – que origina o processo de consentimento informado; bem como a possibilidade de utilização do termo firmado e do prontuário do paciente como meio de proteção do médico, de forma a comprovar seu comportamento profissional o cumprimento do seu dever de informação.

Ainda, ao longo da pesquisa serão examinadas situações de reflexos do consentimento informado na responsabilização civil do médico, isto é, até que ponto sua conduta pode ser classificada como culposa frente aos danos decorrentes dos procedimentos terapêuticos aplicados, a ensejar respectiva indenização.

Ademais, necessário tecer considerações sobre se o consentimento informado é considerado, ou não, como uma excludente de responsabilidade, podendo assim eximir o médico da reparação dos danos eventualmente advindos de procedimento precedido pelo consentimento documentado.

Por fim, será avaliado o consentimento informado como direito de personalidade: se é devida a indenização pelo médico, a título de dano imaterial puro – não ocorrendo lesão física ou pecuniária – pela violação do direito fundamental da pessoa humana de disposição do próprio corpo.

2 PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda responsabilidade civil, independentemente de sua espécie e natureza, decorre do descumprimento de uma obrigação jurídica preexistente¹. Nesse contexto, entende-se que é

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

necessária a ocorrência da violação de um dever jurídico pelo agente – o ato ilícito – do qual decorre diretamente o dever de indenizar o prejuízo causado. O comportamento nocivo, contudo, “deve ser imputável à consciência do agente por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia)”².

Dessa forma, entendem-se imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil, os seguintes elementos: a ação ou omissão, o dano e o nexu causal³. Esses fatores, dispostos claramente no artigo 186 do Código Civil, são intrínsecos a conduta – comissiva ou omissiva – do agente, ou seja, sua atitude deve ter sido culpável, danosa e diretamente causadora do resultado alcançado, originando assim o dever de indenizar, nos termos no art. 927 do Código Civil. Isto é, ausente qualquer destes elementos, a responsabilidade civil não se configura, eximindo-se o agente da obrigação de recompor o dano provocado.

2.1 DA AÇÃO E OMISSÃO

Como exposto anteriormente, a responsabilidade civil advém, em regra, de um ato ilícito, que por definição constitui um comportamento humano físico contrário à ordem jurídica. Segundo Rui Stoco, para a configuração da responsabilidade civil é imprescindível a ocorrência de um resultado danoso a um bem jurídico e essa lesão deve resultar de uma ação ou omissão do agente⁴. O autor ainda esclarece que a voluntariedade do agente não deve ser confundida com a intenção de

² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131.

produzir o resultado, mas abrange também a assunção do risco de produzi-lo, pelo comportamento incapaz, imprudente ou imperito; isto é, o sujeito pode ser responsabilizado pelo dolo ou pela culpa in *stricto sensu* em sua conduta, como será analisado posteriormente.

Isso posto, “ação” pode ser entendida como qualquer conduta positiva, comissiva do sujeito e a ele objetivamente imputável, trata-se de um “fazer” que pela ordem jurídica não deveria ser praticado⁵. Um exemplo de ação, passível de responsabilização civil, é quando um médico deliberadamente receita o tratamento errado ao paciente, que ao invés de curar, o deixa ainda mais doente. Já por omissão entende-se a inércia, inatividade, abstenção de um comportamento que deveria ser executado, restando responsável o sujeito que tem o dever jurídico de agir para impedir o resultado e não o faz, sendo tal obrigação decorrente da lei, de negócio jurídico ou provocada por sua própria conduta anterior⁶. No caso da omissão, podemos citar a conduta do médico que simplesmente deixa de atender ao enfermo que lhe procura por assistência, inércia tal que resulta no agravamento de sua saúde ou até seu falecimento.

Enquanto a responsabilização do agente, pertinente à ação, carece do nexa causal entre o ato comissivo e o prejuízo causado, para a configuração da responsabilidade por omissão faz-se imprescindível a comprovação de que, com o ato que deveria ter sido praticado, o resultado danoso não se concretizaria⁷.

Sobre a valoração jurídica da omissão, veja-se jurisprudência:

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 43-44.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MUNICÍPIO. FRATURA DO COLO DO FÊMUR. NEGLIGÊNCIA DA MÉDICA QUE NÃO SOLICITOU EXAMES COMPLEMENTARES. DEVER DE INDENIZAR. *Comprovada a negligência da médica requerida, que deixou de solicitar exames complementares (raio-x, ecografia) a fim de averiguar a real condição do paciente, ainda mais diante de uma queda de cavalo.* A legislação pátria coloca requisitos específicos para a configuração de responsabilidade do Estado, entre eles a existência de dano e o nexó etiológico entre a conduta ilícita - comissiva ou omissiva - da Administração e o suposto dano. Excluem a obrigação de indenizar os danos a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, sendo a culpa concorrente atenuante da responsabilidade do ente público. À luz dessas premissas, voltando-se para as provas carreadas ao processo, em especial, o depoimento da testemunha inquirida em juízo é inviável deixar de reconhecer a má-prestação de serviço pelo preposto do Município demandado no diagnóstico do autor. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. Indenização fixada em R\$ 20.000,00. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO⁸.

Nesse contexto, importante ressaltar que a simples conduta do agente não gera, por si só, a responsabilidade: a ação ou omissão do sujeito somente podem provocar sua responsabilização se tal comportamento se originou de sua vontade intocada, restando excluídas as condutas incontroláveis pela vontade do agente, como por exemplo as decorrentes de coação irresistível, praticadas em estado de inconsciência, ou delírio fe-

⁸ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70038099545*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/04/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

bril⁹.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz¹⁰ explica que “a ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, [...]”. Dessa forma, entende-se que o sujeito precisa ter agido (ou deixado de agir) com dolo ou culpa em relação ao resultado atingido. O dolo corresponde à intenção, o querer íntimo do agente em alcançar um resultado específico, direcionando seu comportamento para a concretização desse fim desejado. A respeito da culpa, entende-se como a conduta imprudente ou negligente, contrária a um dever jurídico de cuidado, que gera um dano previsível pelo agente, embora involuntário; na culpa há uma certa despreocupação do sujeito em relação ao resultado¹¹.

A conduta dolosa consiste na prática de ato ilícito, eis que consiste no comportamento intencionalmente antijurídico, deliberado e espontâneo. Na culpa, por outro lado, a atitude do sujeito até pode ser lícita, porque mesmo havendo inadimplemento da obrigação por parte do agente, este não almeja causar o dano ao outro, sendo que comumente nem está consciente da desobediência jurídica¹².

Partindo dos conceitos de ação e omissão é possível identificar a culpa e o risco como elementos fundamentais da responsabilidade, que deram origem às teorias essenciais da responsabilidade civil.

2.1.1 DAS TEORIAS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 44.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 44.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50-51.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2. p. 314-315.

BILIDADE CIVIL

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a chamada responsabilidade subjetiva, consistente na teoria clássica, presuppõe a culpa *lato sensu* para sua caracterização. Dispõe o referido autor¹³:

Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’ a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo o culpa.

Preleciona Maria Helena Diniz que a ilicitude e a culpa são conceitos distintos, podendo o agente ter se comportado contra a ordem do Direito sem ter consciência da ilicitude de sua conduta, agindo de forma antijurídica, porém sem cometer um ato ilícito¹⁴. Assim, para que se configure a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, não basta somente a conduta e o fato danoso decorrente, “o agente só pode ser pessoalmente censurado quando, em face das circunstâncias concretas da situação, seja possível afirmar que ele devia e podia ter agido de outro modo”¹⁵.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA DO CIRURGIÃO. HÉRNIA DE DISCO. PROCEDIMENTO REGULAR. INOCORRÊNCIA DE FALHA DO PROFISSIONAL. 1. A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço implica evidência de culpa. Art. 14, § 4º do CDC. 2. *São pressupostos da responsabilidade subjetiva a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo.* 3. *Caso em que a cirurgia foi realizada de ma-*

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*: de acordo com o novo Código Civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 45.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.

neira adequada, sendo o procedimento indicado ao quadro de saúde da paciente. 4. Ausência denexo causal e culpa do médico nas sequelas apresentadas pela demandante. 5. Prova pericial. Expert indica ter o profissional da saúde utilizado os meios adequados ao tratamento da paciente, sem falhas. Prova testemunhal que não corrobora a tese de erro médico. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME¹⁶.

De outro norte, tratando-se de responsabilidade objetiva, a culpa do sujeito é ignorada, levando-se em conta somente o dano e o nexo de causalidade. Como dispõe Caio Mário da Silva Pereira¹⁷, “a responsabilidade objetiva não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos”.

Por esta corrente, a responsabilidade civil objetiva prescinde de prova da culpa para a obrigação de indenizar o dano e em alguns casos é dita presumida. Explica Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ que, nesses casos, a vítima somente precisa comprovar a ação ou omissão do agente e o dano decorrente desta conduta, porque sua culpa já é presumida.

Para corroborar tal teoria, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO, POR FARMÁCIA DO MUNICÍPIO, DE MEDICAMENTO DIVERSO DO PRESCRITO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. DENUNCIAÇÃO À LIDE DE FUNCIONÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A responsabilidade do ente público, na presente hipótese, é objetiva e inde-

¹⁶ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70061037941*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 02/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

pende de prova de culpa - art. 37, § 6º da CF -, *sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal*. 2. Caso em que foi fornecido, via farmácia pública, medicamento diferente do receitado ao paciente, dando causa a convulsões. 3. Denúnciação da lide. Ilegitimidade passiva. Ausência de comprovação de a referida funcionária ter entregado o medicamento. 4. *Presente o dano indenizável e o nexo de causalidade com a conduta da requerida*. 5. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Quantum indenizatório mantido. 6. As custas deverão ser pagas por metade pelo Município demandado, nos termos da antiga redação da Lei Estadual nº 8.121/1985 (Regimento de Custas), considerando que a Lei Estadual 13.471/2010, que introduzira a isenção às pessoas jurídicas de Direito Público, teve a inconstitucionalidade formal declarada pelo Órgão Especial do TJRS na ADI nº 70041334053. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME¹⁹.

Note-se que o Código Civil vigente adotou, substancialmente, a teoria da responsabilidade subjetiva – baseada na culpa – para fins de indenização, eis que o art. 186²⁰ da referida lei elegeu a culpa e o dolo como pressupostos da obrigação de reparar o prejuízo²¹. A responsabilidade objetiva, assim, fica restrita aos casos previstos em lei e à situações específicas em que a atividade do agente normalmente implica riscos a outrem, como dispõe o art. 927²² do Código Civil atual. Daí ad-

¹⁹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70061469219*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 02/04/2015 (grifo nosso).

²⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 07 abr. 2015).

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*: de acordo com o novo Código Civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

²² Art. 927, *caput*. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em:

vém a teoria do risco, que compreende a aplicação da responsabilidade objetiva em condutas que normalmente envolvem um risco de dano, por sua natureza.

Cabe ainda ressaltar a diferença entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Quando o dano advém do simples descumprimento de uma regra jurídica geral, diz-se que a responsabilidade é extracontratual. Por contratual, entende-se a responsabilidade derivada do inadimplemento de um contrato jurídico: por exemplo, uma pessoa que acorda um serviço de *buffet* para atender à uma festa e a empresa fornecedora do serviço não comparece na data contratada, terá direito à indenização em virtude do dano causado pela empresa, ante o descumprimento do pacto efetuado anteriormente.

Essa classificação é importante porque em se tratando de responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado comprovar a culpa do agente na conduta danosa, enquanto na responsabilidade contratual esse encargo é dispensado, sendo suficiente o inadimplemento da obrigação e o nexo causal para a responsabilização do sujeito, sendo que este resta compelido a provar que não agiu com culpa ou a ocorrência de força maior²³.

No que concerne aos médicos, sua responsabilidade é, em regra, subjetiva e contratual, considerando-se a natureza da atividade médica a relação médico-paciente, tema que será tratado mais detalhadamente no capítulo seguinte.

2.2 DOS DANOS

Após examinadas a ação e omissão tratadas no tópico anterior, esclarecidos os conceitos de culpa e dolo, passa-se a análise do instituto do dano, elemento imprescindível à configuração da responsabilidade civil. Sérgio Cavalieri Filho define

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 maio 2015).

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*: de acordo com o novo Código Civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

com clareza a essencialidade do dano em relação à responsabilidade e o consequente dever de reparação²⁴:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

No mesmo sentido, expõe Rui Stoco²⁵:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação oriunda de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana.

Nesse contexto, é possível conceituar o dano como a lesão a qualquer bem jurídico – material ou imaterial – provocado por uma ação ou omissão do agente, que dá origem ao dever de reparação; a finalidade da indenização é a compensação do dano causado. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁶, para que haja responsabilização do agente, o dano precisa ser certo, ainda que não se possa quantificá-lo economicamente; ou seja, não cabe reparação por dano hipotético, circunstancial, ele precisa ser efetivo, concreto, para fins de responsabilização.

Ademais, o dano precisa subsistir para que haja a responsabilidade, isto é, não há dever de indenizar se já houve reparação da lesão pelo próprio agente causador da mesma, porém, se houve reparação somente pela vítima ou por terceiro,

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

²⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 39.

recai ainda sobre o agente a responsabilidade de indenizar por sua conduta danosa²⁷.

Ainda de acordo com a doutrina os danos podem ser classificados em materiais ou imateriais, em virtude da natureza do bem jurídico afetado pela conduta prejudicial, e serão analisados individualmente a seguir.

2.2.1 DOS DANOS MATERIAIS

Como o próprio nome sugere, os danos materiais correspondem àqueles que provocam perda ou diminuição dos bens economicamente estimáveis da vítima, ou seja, que afetam o patrimônio da mesma. Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves expõe²⁸:

Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. O ressarcimento do dano material objetiva a composição do patrimônio lesado.

O conceito de dano material, portanto, compreende tanto a lesão que provocou a perda do patrimônio atual, bem como o gravame que gerou impedimento da vítima de aumentar seu patrimônio. Assim dispõe o art. 402 do Código Civil vigente: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

A partir desse preceito, entendem-se os danos materiais como subdivididos em duas espécies: o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente corresponde àquilo que efetivamente se perdeu, patrimônio que a vítima detinha e foi avariado, valorando-se a lesão pela diferença entre o patrimônio da

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 69.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 705.

vítima imediatamente antes e depois do ato ilícito; trata-se do prejuízo imediato. O lucro cessante consiste no que se deixou de lucrar em decorrência do ato lesivo, é o rendimento esperado futuramente que foi impedido pelo dano. Note-se que os lucros cessantes são efeitos mediatos da conduta danosa, mensurados como a diminuição do potencial patrimônio da vítima²⁹.

Na relação médico-paciente, os danos emergentes podem corresponder aos valores que o paciente teve de investir em internação hospitalar, por exemplo, por negligência ou imperícia na prática de algum procedimento ambulatorial, provocando agravamento da saúde e a necessidade de internação. Já os lucros cessantes são advindos do período em que o paciente ficou internado, sem possibilidade de trabalhar, principalmente no caso dos profissionais autônomos.

Ressalte-se que, em se tratando de ressarcimento, deverão ser compensados somente os danos causados originados da conduta ilícita do agente, cabendo à pessoa lesada comprovar, na ação indenizatória, os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes do comportamento ilícito³⁰.

Sobre o tema, Miguel Kfoury Neto³¹ observa que:

Quanto aos danos materiais (ou patrimoniais), em sua maioria são consequências dos danos físicos: lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros etc. No pertinente aos danos de índole patrimonial, sobrevindo morte, privam-se os beneficiários da renda auferida pelo falecido – e aí surge dano também indenizável.

Pertinente ao ressarcimento por danos materiais, colaciona-se jurisprudência pátria:

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 42.

³¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 113-114.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA RECONHECIDA. INFECÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAMES NECESSÁRIOS. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. 1. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 2. Caso em que a autora L. foi atendida nas dependências do hospital demandado, queixando-se de febre, dor abdominal e vômito. Realização de exame de Raios-X, sendo diagnosticada a hipótese de pielonefrite aguda ("inflamação do parênquima renal e da pelve devida à infecção bacteriana"). Liberação da paciente sem que fossem realizados exames complementares. Negligência da casa de saúde quanto a um mínimo de cuidado frente ao quadro apresentado pela requerente. Posterior internação com processo infeccioso grave. Necessidade de amputação de membros. Falha do serviço reconhecida. Dever de indenizar configurado. Perda de uma chance no tratamento eficaz da infecção. 3. Prejuízo extrapatrimonial ocorrente tanto à autora L. quanto à genitora R., esta por ricochete. Lesão às integridades física e psíquica. Internação em hospital por período considerável de tempo. Indenização por danos morais mantidos em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para L. e R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para à R. 4. Dano estético configurado. Mutilação permanente de membros inferiores. Autora L. que era pessoa jovem à época do fato, contando 24 anos de idade. Montante fixado em sentença mantido - R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 5. *Dano material. Direito a ressarcimento pelo montante gasto com tratamento da sequela. Necessidade de procedimentos posteriores que igualmente restaram demonstradas.* Manutenção do decisum. 6. Ausência de prova quanto à necessidade e desembolso de valores a título de tratamento psicológico à coautora R. 7. Inexistência do dever de indenizar pelo furto de notebook nas dependências do hospital. Ciência à mãe da coautora L. quanto ao regulamento do hospital de não se responsabilizar pelos bens de valor levados pelos pacientes para os quartos. Ausência do dever de guarda pelo nosocômio. Posse não transferida. 8. Pensão. Perda da capacidade laboral. Amputação de membros inferiores. Art. 950 do CCB. Segun-

do a doutrina: "O que deve ser indenizado é o dano, a lesão, a incapacidade. A questão não é de redução salarial mas de redução da capacidade laborativa.". Falta de comprovação de renda. Pensionamento de 1 (um) salário mínimo, vitalício. Precedentes desta Corte e do STJ. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME.³²

No Código Civil vigente, a matéria está disciplinada nos artigos 402-404³³, sendo necessário atentar para a súmula 490 do STF³⁴, que dispõe que os valores da indenização advinda de responsabilidade civil serão estabelecidos com base no salário mínimo vigorante, com os devidos reajustes posteriores.

2.2.2 DOS DANOS IMATERIAIS

De acordo com Daniela Courtes Lutzky, os danos materiais e imateriais são diferenciados, majoritariamente, pela sua apreciabilidade pecuniária, isto é, sua aptidão de valoração em dinheiro³⁵. A partir disso pode-se concluir que são imateriais os danos que recaem sobre bens jurídicos incorpóreos, extrapatrimoniais, que não podem ser medidos em dinheiro. Pablo

³² TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70059330423*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 02/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

³³ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015).

³⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 490*. A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

³⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2012. p. 138.

Stolze Gagliano e Pamplona Filho³⁶ explicam que os danos imateriais são aqueles concernentes aos direitos da personalidade, garantidos constitucionalmente, como por exemplo a intimidade, honra ou imagem.

Nesse contexto, Sérgio Cavalieri Filho³⁷ observa que a Constituição Federal de 1988 alterou profundamente a concepção dos danos imateriais, eis que colocou a pessoa humana no centro de todo o ordenamento jurídico. Assim, o referido autor explica que os danos imateriais podem ser concebidos em sentido amplo (aqueles afetos aos direitos personalíssimos) e sentido estrito (quando concernentes à dignidade da pessoa humana³⁸). Sérgio Cavalieri Filho ainda esclarece que, apesar dos direitos da personalidade – conjunto de características de uma pessoa – serem abrangidos pela definição de dignidade da pessoa humana, é possível haver lesão personalíssima sem atingir a dignidade, justificando os dois aspectos conceituais do dano imaterial. Os direitos de personalidade podem ser ofendidos em diferentes graus e níveis, atingindo ou não, a dignidade, dependendo da sua intensidade e dimensão³⁹.

Ademais, o referido doutrinador⁴⁰ também assinala que o dano imaterial não está necessariamente ligado à psique do

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 55.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 106-109.

³⁸ “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2001. p. 60).

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 108-109.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

lesado, podendo ser caracterizado mesmo diante de inexistência de dor, ou humilhação, por exemplo. Na mesma linha expõe Maria Helena Diniz⁴¹: “O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse juridicamente reconhecido”.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, garante expressamente a indenização por danos imateriais. Note-se que na Carta é utilizada a expressão “dano moral”. Sobre o tema, Daniela Courtes Lutzky⁴² assinala que, embora ainda se utilize o termo “dano moral” por grande parte da doutrina e legislação, não é considerada a expressão mais correta para se referir aos danos imateriais, tendo em vista que estes não dizem respeito à moralidade da vítima. Ademais, o *dano moral puro* se resume à uma espécie do gênero *dano imaterial* ou *extrapatrimonial*, da mesma forma que o dano estético, por exemplo.

Para Arnaldo Rizzardo⁴³ dano imaterial é o que afeta o caráter espiritual, íntimo da pessoa, a que o autor denomina “dano moral puro”, ou seja, sem qualquer reflexo patrimonial. O referido doutrinador pontua que devem ser excluídos do conceito de dano imaterial os dissabores cotidianos da vida, que fogem ao limite da razoabilidade, como engarrafamentos, longa fila de espera para atendimentos, etc. O doutrinador ainda expõe que, embora garantido o ressarcimento dos danos imateriais tanto pela Constituição quanto pelo Código Civil vigente, é muito difícil estabelecer um critério de valoração de tais danos, posto que incalculáveis pecuniariamente.

Maria Helena Diniz⁴⁴ subdivide os danos imateriais em

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 92.

⁴² LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2012. p. 131.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 246.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 93.

diretos e indiretos. O primeiro corresponde ao dano extrapatrimonial por essência, é a lesão que atinge um direito da personalidade e/ou da dignidade da pessoa humana. O segundo consiste em um dano extrapatrimonial decorrente de uma lesão patrimonial, isto é, o bem diretamente atingido é algo material, com valor em dinheiro, mas seu gravame gera um dano imaterial, como por exemplo o furto de um anel de noivado. A autora explica que nem sempre os danos imateriais estão conectados a um dano material, mas essa é a regra.

A comprovação do dano imaterial, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho, é dispensável, sendo suficiente para sua constatação, de maneira presumida, a demonstração do fato ofensivo que lhe deu origem. Assim, entende-se que os danos imateriais apresentam-se *in re ipsa*, ou seja, “falam por si próprios”, são constatados automaticamente a partir dos fatos lesivos demonstrados, prescindindo de provas específicas.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO E HOSPITALAR. CIRURGIA DE COLISTECTOMIA POR VIDEO-LAPAROSCOPIA. DEMORA NO ATENDIMENTO. POSTERIOR PERFURAÇÃO DE DIVERTÍCULO QUANDO DA CONSUMAÇÃO DO PROCEDIMENTO. ÓBITO DA PACIENTE POR SEPTICEMIA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. A prova carreada conduz ao convencimento acerca da responsabilidade dos réus (médico assistente e hospital) pelo óbito da genitora dos autores. De se ressaltar que as anotações no prontuário, a prova testemunhal colhida e a perícia realizada demonstram que a falha decorreu da demora na realização dos procedimentos na situação urgente que ocorria, bem como ao fato de ter havido posterior ruptura do divertículo da genitora dos autores por conduta imperita do facultativo em procedimento cirúrgico, evidenciando, assim, o defeito no serviço prestado. *Comprovado o agir culposo do médico assistente e a demora na realização dos procedimentos e exames médicos necessários ao adequado tratamento da paciente, bem como o dano e o nexa causal, exsurge o dever de*

indenizar os danos morais reclamados, que se configuram in re ipsa. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação e dos parâmetros adotados por esta Corte em casos semelhantes ao dos autos. RECURSO PROVIDO⁴⁵.

Quanto ao dano estético, Teresa Ancona Lopez o define como qualquer modificação duradoura e irreparável, ainda que pequena ou leve, na aparência física da pessoa, que lhe provoque um “enfeamento” em relação à sua imagem anterior, causando sofrimento moral⁴⁶.

Rui Stoco⁴⁷ esclarece que, para sua constatação, é necessário avaliar o prejuízo sofrido pela vítima na sua aparência física em relação a como ela era antes da lesão, tendo em vista que o conceito de “beleza” é nitidamente relativo. O referido autor ainda observa que o dano estético é uma espécie do gênero dano imaterial e poderá ser convertido em dano material quando a lesão à aparência da pessoa é passível de reversão, de correção. Quando, entretanto, não houver essa possibilidade, o dano estético permanece como dano imaterial, devendo ser indenizado como dano moral puro. No Código Civil vigente não há uma garantia expressa da indenização pelo dano estético, mas o artigo 949⁴⁸, em sua parte final, proporciona sua pro-

⁴⁵ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70054021753*. Nona Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 31/01/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁴⁶ LOPEZ, Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1657.

⁴⁸ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015).

teção.

Sobre os danos imateriais, expõe Miguel Kfouri Neto⁴⁹:

Incluem os danos estéticos, a dor sofrida, o profundo mal-estar advindo de danos causados à esfera das relações sexuais, a frustração pela abrupta cessação de uma atividade profissional (uma bailarina, por exemplo, lesada em seu membro inferior, por cirurgia desastrada) – e uma infinidade de outras situações, sobretudo vinculadas aos direitos de personalidade.

Na mesma linha, Teresa Ancona Lopez, afirma ser o dano estético uma ofensa aos direitos de personalidade, que abrangem o direito à integridade física. Segundo a autora, “fazem parte dessa integridade a saúde física e a aparência estética; por isso afirmamos ser o dano estético, [...], uma ofensa a um direito da personalidade”⁵⁰.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. PROCEDIMENTO MÉDICO. CLÍNICA DE MEDICINA ESTÉTICA. A prestação do serviço médico em causa se deu por prepostos da demandada, razão pela qual responde esta por eventuais danos decorrentes do atendimento. Perícia técnica que concluiu decorrerem os danos sofridos pela autora da imperícia com que foi conduzido o tratamento de luz pulsada realizado pela ré. Presente a falha na prestação do serviço e configurados os danos morais - que se apresentam in re ipsa -, há o dever de indenizar. *O valor do dano moral deve ser estabelecido de maneira a compensar a lesão causada em direito da personalidade e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O dano estético deve ser reconhecido se existe prejuízo à aparência da pessoa.* Na responsabilidade contratual, os juros de mora são contados da citação (CC, art. 405, CPC, art. 219). Apelação parcialmente provida⁵¹.

⁴⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. À luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.106.

⁵⁰ LOPEZ, Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

⁵¹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70053132858*. Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller. Julgado em 27/06/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

Tereza Ancona Lopez ainda explica que a possibilidade de uso de artifícios para mascarar a lesão sofrida não elimina a responsabilização por dano estético, pois tais engenhos jamais serão iguais à parte do corpo que a pessoa perdeu ou viu transformada, devendo ser indenizada⁵².

2.3 DO NEXO CAUSAL

O nexo causal consiste na relação entre a conduta do agente e o resultado danoso. É elemento essencial à configuração da responsabilidade, identificando a origem do dano. Sobre o tema expõe Caio Mário da Silva Pereira⁵³:

Para que se configure a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano “porque” o agente procedeu contra direito [...] Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito.

No mesmo sentido, Daniela Courtes Lutzky⁵⁴ explica que o nexo causal possui duas funções: “determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso” e “verificar a extensão do dano, pois serve como medida da indenização.”

Maria Helena Diniz⁵⁵ ressalta que o nexo causal é uma questão de fato e não de direito, devendo ser analisada pelo juiz da causa de acordo com circunstâncias do ocorrido, no caso concreto. A referida autora também aponta ser ônus do autor a comprovação do nexo causal na ação indenizatória.

⁵² LOPEZ, Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 75.

⁵⁴ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7. p. 110.

Silvio de Salvo Venosa⁵⁶ observa que nem sempre é fácil identificar a relação de causalidade do dano sofrido pela vítima, sem a qual ela não obterá o ressarcimento; isto é, para garantir a indenização é necessário saber quem provocou a lesão, através do nexu causal. Nessa linha, se o prejuízo foi originado por culpa exclusiva da vítima ou é decorrente de caso fortuito ou força maior o nexu causal inexistente, não havendo dever de indenizar, pois que não houve um culpado a ser responsabilizado.

Nesse contexto, veja-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO - ODONTOLOGIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDUTA CLÍNICA ADEQUADA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar/clínica odontológica pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. *A clínica demandada apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexu causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior.* 3. A responsabilidade civil do dentista, assim como a do médico, é subjetiva, necessitando a comprovação da culpa, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. 4. A obrigação assumida pelo profissional da área da saúde é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente, o que ocorreu no caso dos autos. 5. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área odontológica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 6. No presente feito não assiste razão à autora ao imputar à parte ré a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que *não restou*

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 48.

*comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento àquela, bem como não foi comprovado o nexo de causalidade entre a necessidade de extração do elemento dentário e o tratamento perpetrado pelo réu. Negado provimento ao apelo*⁵⁷.

Em termos de comprovação, para garantir a proteção do direito do lesado, nas situações em que a prova do nexo causal é de difícil produção, é considerada suficiente para a configuração da obrigação de indenizar a mera probabilidade da relação causal, dispensando-se a prova plena do nexo causal⁵⁸.

Sobre a verificação do nexo de causalidade, Sérgio Cavalieri Filho⁵⁹ aponta que a dificuldade surge principalmente quando o resultado lesivo decorre de diversos fatos concorrentes e simultâneos, atrapalhando a determinação precisa de qual circunstância foi verdadeiramente a causadora do dano; são as chamadas “hipóteses de causalidade múltipla”.

Diante dessa problemática foram desenvolvidas três teorias do nexo causal: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

Sérgio Cavalieri Filho⁶⁰ expõe que, pela teoria da equivalência dos antecedentes, ou *sine qua non*, todas as condições que de alguma forma concorrem para um mesmo resultado têm a mesma relevância, não havendo maior ou menor valor entre elas, sendo consideradas todas causas do resultado. Essa teoria, elaborada por Von Buri, é adotada pelo nosso Código Penal em seu art. 13⁶¹. Paulo de Tarso Sanseverino observa que, segundo

⁵⁷ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70060998556*. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 10/12/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 260.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

⁶¹ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável

essa teoria, as causas englobam os eventos minimamente eficientes de provocar o resultado danoso, desconsiderando-se como causa apenas os fatos que não contribuíram de qualquer forma para a ocorrência da lesão. Entretanto, tal concepção é muito criticada por extrapolar o limite do nexos causal, permitindo a responsabilização do participante quase irrelevante.

Esse caráter “expansivo” da teoria é perfeitamente aplicável na seara penal, em que se exige o elemento culpa para a responsabilização, mas inviável sua aplicação em termos de responsabilidade civil, principalmente na objetiva, pois nesta inexistente limite ao elemento culpa⁶².

De outra parte, explica Sérgio Cavalieri Filho, foi desenvolvida, por Kries, a teoria da causalidade adequada, que considera causa somente a condição mais efetivamente adequada à produção do resultado, atribuindo relevância maior ou menor aos antecedentes do resultado e distinguindo condição de causa. Para o doutrinador, “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento”⁶³. Paulo de Tarso Sanseverino observa que tal teoria foi criada com o fim de suprimir os exageros advindos da teoria da equivalência das condições, a partir da prática de um “juízo de probabilidade” das condições, avaliando-se qual condição seria a mais provável, adequada, a provocar a lesão⁶⁴. O autor ainda assinala que: “na responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva,

a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (BRASIL. *Lei 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em: 05 maio 2015).

⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65.

⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 260-261.

a teoria da causalidade adequada é a que melhor se apresenta para solucionar com razoabilidade os problemas práticos ocorridos”⁶⁵.

Sobre a matéria, explica Gisela Sampaio Cruz⁶⁶:

[...] ao contrário da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, na Teoria da Causalidade Adequada a ‘causa’ deve ser estabelecida em abstrato, segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes.

A teoria do dano direto e imediato, por sua vez, traduz o disposto no art. 403 do nosso Código Civil de 2002⁶⁷, e sustenta que o dano deve ser resultado direto e imediato do ato ilícito, ainda que distante temporalmente - atribuindo uma ideia de “necessidade da causa” ao resultado lesivo - pois o tempo não tem o condão de romper o nexa causal⁶⁸.

Gisela Sampaio Cruz define que, segundo esta teoria, é “indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”⁶⁹. Essa teoria, esclarece Paulo de Tarso Sanseverino⁷⁰, adquiriu grande espaço no direito brasileiro, porém, tem sido considerada como uma mera versão da teoria da causalidade adequada, que, como já menci-

⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265.

⁶⁶ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 66.

⁶⁷ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015).

⁶⁸ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 103.

⁶⁹ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 103.

⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 160-162.

onado, é a mais aplicada na prática em termos de responsabilidade civil.

Ressalte-se que inclusive o STJ tende à aplicação da teoria da causalidade adequada, como se vê pela seguinte jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência. Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916. 2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 3. *Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).* 4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte. 5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias. 6. A culpa concorrente é fator determinante

para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão. 7. Recurso especial parcialmente provido⁷¹.

O ministro Herman Benjamim⁷² em decisão de agravo de instrumento explica:

[...] No que tange ao nexa causal, aplica-se a teoria da causalidade adequada, isto é, a responsabilidade somente recairá sobre aquela condição que poderia concretamente concorrer para a produção do resultado, excluindo-se as demais condições que concorriam, mas que não eram as mais adequadas para produzir o dano.

Há ainda muita discussão, cabe ressaltar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre qual teoria é definitivamente adotada pelo Direito Civil brasileiro, eis que todas são dotadas de virtudes e defeitos práticos e alternadas em sua aplicação prática pela jurisprudência. Entretanto, não resta dúvida que caberá ao juiz, no caso concreto, estabelecer o limite do nexa causal, com base nas circunstâncias fáticas apresentadas.

3 ANÁLISE DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A atividade médica possui uma natureza bem particular. Considerando que seu objeto consiste no organismo humano e que este sofre constantes alterações relacionadas à idade, etnia, sexo, condições climáticas e topográficas, bem como aos estí-

⁷¹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. *REsp 1307032/PR*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 18/06/2013. DJe 01/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.org.br>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁷² STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento nº 1.269.482*. Rio de Janeiro (2010/0012705-2) – Agravante: Estado do Rio de Janeiro, Agravado: João Maria Matos, Relator: Ministro Herman Benjamim, Julgado em 24/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.org.br>. Acesso em: 20 maio 2015.

mulos físicos e químicos que a sociedade moderna proporciona, não há como determinar, de maneira absoluta, qual a melhor conduta a ser tomada pelo profissional da medicina, o que torna a avaliação de sua culpa uma tarefa extremamente difícil⁷³.

O médico tem o papel de ajudar, fornecer auxílio, a partir de seu conhecimento científico, a uma pessoa que se encontra doente ou machucada, que vem a ser o paciente. Essa relação pode ser entendida como uma prestação de serviço⁷⁴, em que o médico presta um atendimento à saúde da pessoa, enquanto esta deve remunerá-lo, seja de forma direta ou particular, através de uma seguradora ou por meio do Estado. O que interessa perceber é que nessa relação bilateral estão envolvidos necessariamente direitos e deveres, a serem cumpridos e respeitados, respectivamente, por ambas as partes, mutuamente.

Dentre os deveres do médico, em sua atividade profissional, podemos citar o dever de prestar informações ao paciente sobre os riscos e possíveis danos decorrentes de determinado tratamento. No art. 13 do Código de Ética Médica⁷⁵ é explicitada a vedação ao médico da ausência de informação ao paciente sobre as condições de sua doença. Sobre o tema discorre Sérgio Cavalieri Filho⁷⁶:

Ora, e o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares –

⁷³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 38-39.

⁷⁴ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

⁷⁵ CREMERS. Conselho Regional de Medicina do Estado do RS. *Código de Ética Médica*. Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 25 abr. 2015.

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 440.

dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente. A informação deve ser completa, clara e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Considerando que a atividade médica compreende interferências na integridade física da pessoa, a informação adequada relativamente à essa ingerência torna-se essencial ao direito do paciente de dispor do próprio corpo; o paciente precisa estar ciente de todas as condições que envolvem o procedimento médico em questão para consentir livremente com sua execução. Lívia Haygert Pithan e Carolina Fernández explicam que o esclarecimento do paciente, pelo médico, dos riscos e possíveis danos decorrentes de determinado tratamento consistem em uma etapa do processo de consentimento informado, sem o qual o procedimento médico não pode se realizar⁷⁷.

Por essa razão, entende-se que o consentimento informado, traduzido no Termo de Consentimento Informado, é parte obrigatória da relação médico-paciente, sendo dispensável somente em casos de urgência ou atuação compulsória. Em qualquer caso, questiona-se a responsabilização do médico, dependente de comprovação da culpa, frente a ocorrência de danos decorrentes do procedimento, existindo o consentimento informado.

Note-se que tanto a ausência quanto o excesso de informação consistem em defeito de informação, pois prejudicam o conhecimento pleno do paciente acerca dos procedimentos médicos a que se submete.

Dessa forma, percebe-se que não há entendimento pacífico quanto à responsabilidade civil do médico e a figura do consentimento informado. Para alguns sua existência seria es-

⁷⁷ PITHAN, Lívia Haygert; FERNANDES, Carolina Fernández. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista HCPA*, 2007, v. 27, n. 2. pp. 78-52. p. 79. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewArticle/2568>. Acesso em: 25 abr. 2015.

sencial e suficiente para o afastamento de sua responsabilidade, enquanto para outros, em determinadas circunstâncias, a mera existência do termo se torna irrelevante para a comprovação da ausência de culpa do médico, diante da existência de outros meios de prova e das condições de realização do processo de informação do paciente.

3.1 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E CONTRATUAL DO MÉDICO

Como esclarecido no capítulo anterior, a responsabilidade civil se configura mediante a presença de três requisitos essenciais: o descumprimento de um dever jurídico – ato ilícito; em regra, resultado danoso e nexo de causalidade. Também foi verificado que a responsabilidade civil subjetiva, que demanda comprovação de culpa, é classificada em contratual ou extracontratual, dependendo da natureza da relação obrigacional que gerou o dever jurídico. A responsabilidade subjetiva contratual tem origem, portanto, no inadimplemento de um contrato previamente celebrado entre as partes, que provocou uma lesão indenizável, demonstrada a culpa do inadimplente.

Assim, aos médicos, em geral, se aplica essa espécie de responsabilidade civil, entendido como descumprimento do contrato com o paciente sua ação ou omissão movidas por imperícia, negligência ou imprudência, que resultam em uma lesão passível de reparação.

Sobre o inadimplemento do contrato médico pela demonstração da culpa médica, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. FRATURA NO TERCEIRO DEDO DA MÃO DIREITA. TRATAMENTO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA NÃO COMPROVADAS. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Trata-se de recurso de apela-

ção interposto contra a sentença de improcedência proferida nos autos desta ação de indenização por danos material, moral e estético decorrentes da conduta médica adotada pelo réu que teria sido pautada pela negligência, imprudência e imperícia, causando deformidade no terceiro dedo da mão direita da parte autora. *A responsabilidade do profissional do médico é subjetiva, ou seja, depende de comprovação de culpa, ônus que incumbe à parte autora.* Contudo, *in casu*, a demandante não logrou êxito em provar o agir culposo do médico demandado, seja na escolha da melhor tratamento a ser aplicado, seja na inobservância das regras do protocolo médico, tendo o laudo pericial concluído que o tratamento aplicado foi adequado, não havendo erro no procedimento. É hora de dar-se um basta aos pedidos indenizatórios que são lastreados em referências genéricas acerca de imperícia médica e negligência médico-hospitalar, devendo ser exigido para a viabilidade do juízo de procedência que a parte lesada aponte de forma clara e cristalina em que consistiu a negligência ou a imperícia, ou seja, qual a conduta médica e hospitalar carregada pela culpabilidade. Ademais, as informações prestadas pela parte autora ao "expert" demonstram que ela foi desidiosa com a condução de seu tratamento e que *procurou outro profissional por livre e espontânea vontade, não havendo qualquer evidência de que o médico réu tenha sido negligente no atendimento da paciente. O fato de outro profissional médico ter dado continuidade ao tratamento iniciado pelo demandado fez com que fosse rompido o nexo causal entre a conduta do médico réu e os danos apontados pela parte autora.* Sendo assim, ausentes os pressupostos que ensejam o dever de indenizar, impõe-se o desprovimento da apelação. **APELAÇÃO DESPROVIDA**⁷⁸.

Jânio de Souza Machado⁷⁹ aduz que:

O fundamento legal para a imposição da responsabilidade civil ao médico é o artigo 951 do Código Civil de 2002, de onde se pode retirar os requisitos indispensáveis para a configu-

⁷⁸ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70039318506*. Sexta Câmara Cível. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 26/02/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁷⁹ MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral nas ações de responsabilidade civil médica. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coords.). *Curso de Direito Médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 230.

ração do dever de indenizar: a) a presença de um ato omissivo ou comissivo culposo; b) o dano e c) o nexo causal entre o dano e o comportamento culposo. Está a se falar, então, na responsabilidade civil contratual. Não se ignore, contudo, que a responsabilidade civil do médico pode decorrer, também, da prática de um ato ilícito, a partir da construção da noção de responsabilidade extracontratual, também dita aquiliana.

Cabe observar que a responsabilidade civil do médico pode advir de ato ilícito, com base no disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, combinado com a redação do art. 927, caput, da mesma lei.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. CIRURGIA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Trata-se de ação indenizatória, objetivando responsabilizar a parte ré por erro médico, no tratamento cirúrgico de "Artroplastia Total de Quadril", cujas consequências são atribuídas à conduta imperita e negligente do demandado. 2. A responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, *cabendo à parte autora comprovar os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado*. 3. Na análise quanto a culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 4. In casu, do exame do conjunto fático-probatório, não é possível concluir que o atendimento prestado à paciente pelo demandado tenha sido imprudente, negligente ou imperito, o que descaracteriza a suposta falha na prestação de serviços. Isto porque, a prova pericial coligida no caderno processual foi conclusiva no sentido de afirmar o acerto da técnica empregada e ressaltou a possibilidade de luxação na ATQ ocorrer em 1 a 2% dos casos, o que deve ter ocorrido neste caso. 5. Dessa feita, diante da ausência dos pressupostos imprescindíveis

díveis ao reconhecimento do dever de indenizar, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência e o desprovisionamento do recurso. Ausente nexo de causalidade entre a conduta médica e o desfecho desfavorável. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA⁸⁰.

A relação médico-paciente, a partir de seu caráter contratual, também pode ser entendida como uma relação de consumo, em que o médico fornece serviços ao paciente-consumidor, restando contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 14, § 4º⁸¹, que atribui a responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais.

O contrato médico ocorre quando uma pessoa – o paciente – buscando a restauração de sua saúde, celebra um acordo com o profissional de medicina, cuja prestação consiste no exercício de atos médicos direcionados ao fim almejado pelo paciente, qual seja, sua cura. Esse contrato não possui previsão específica no Código Civil de 2002 nem no Código de Defesa do Consumidor vigente, tratando-se assim de um contrato *sui generis*, genérico. Também é classificado como um contrato típico e geralmente oneroso, além de informal e sempre bilateral⁸².

A principal característica do contrato médico, pode-se dizer é sua natureza personalíssima: o paciente contrata o serviço de determinado médico, que dispõe de conhecimentos específicos próprios, não podendo ser substituído perfeitamente por outro profissional. Daí advém a confiança que sustenta a

⁸⁰ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062243225*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁸¹ Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 11 maio 2015).

⁸² ROSA, Paulo Jorge Ferreira. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. pp. 11-12. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23850>. Acesso em: 12 maio 2015.

relação médico-paciente⁸³, que será melhor analisada posteriormente.

É preciso ressaltar que a reponsabilidade médica nem sempre é contratual. Quando uma pessoa enferma busca tratamento médico em uma clínica ou consultório particular, de sua livre escolha está celebrando o contrato com o médico, com obrigações e direitos pré-estabelecidos para ambas as partes. Entretanto, a reponsabilidade médica também pode ser extracontratual, ou seja, decorrente de uma situação em que não houve acordo prévio entre as partes, como por exemplo em uma situação de emergência.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁸⁴, o que diferencia a reponsabilidade contratual da extracontratual é a carga probatória que cabe às partes, sendo que na contratual o autor da ação deve comprovar que o prejuízo sofrido advém do descumprimento de um contrato preexistente, enquanto o réu terá que demonstrar que o dano ocorreu por fato alheio ao acordo.

O contrato celebrado entre as partes pode ter como objeto obrigação de meio ou de resultado. Constitui obrigação de meio o dever de agir de determinada forma, de acordo com as diligências e cautelas necessárias à atividade em questão. Essa é, via de regra, a modalidade atribuída à atuação do médico: ele tem o dever contratual de agir com prudência e em concordância com as técnicas comuns de sua profissão para buscar a cura do paciente, mas não tem a obrigação de atingir esse resultado, como explica Elias Farah⁸⁵:

⁸³ ROSA, Paulo Jorge Ferreira. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. pp. 11-12. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23850>>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 60.

⁸⁵ FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2009, v.12, n. 23. pp. 96-137. p. 126.

Todo serviço médico busca o resultado, parcial ou integral, da cura do paciente, entretanto, se a cura não for obtida e os meios utilizados tiverem sido tecnicamente corretos, não haverá responsabilidade do médico pela infelicidade dos resultados. As doenças e suas concausas constituem, por natureza, incógnita para o médico, além das intercorrências imprevisíveis, ao longo do tratamento prestado, e que podem impor alterações nos prognósticos concluídos.

Na mesma linha, discorre Miguel Kfoury Neto⁸⁶:

[...] o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras a os métodos da profissão.

Dessa forma, em regra, o médico não pode ser responsabilizado se agiu corretamente, com todas as precauções e diligências exigidas à sua profissão e mesmo assim não obteve a cura do paciente, pois não houve inadimplemento do contrato⁸⁷. Se fosse obrigado a alcançar o resultado cura, a atividade médica constituiria uma obrigação de resultado, na qual é responsabilizado o devedor que não atingir um fim específico acordado. Somente no caso de cirurgia plástica estética e anestesia, cabe assinalar, a atuação do médico pode ser classificada como obrigação de resultado, pois este se comprometeu, através de procedimento cirúrgico a produzir determinada aparência física no paciente. Ao menos este é o entendimento majoritário da doutrina.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência pátria:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. PREENCHIMENTO FACIAL. APLICAÇÃO DE MATERIAL NÃO AUTORIZADO PELA PACIENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. REAÇÃO ALÉRGICA APÓS DOIS ANOS DO PROCEDIMENTO.

⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 75.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432.

NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. DA RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA ESTÉTICA. A responsabilidade das clínicas, a partir da vigência da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadoras de serviços devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA ESTÉTICA. *A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, sendo sua responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, cabendo ao profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.* Aplicação do art. 14, § 4º, do CDC. DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA. Tendo o laudo pericial sido enfático no sentido de que os réus utilizaram gordura da própria paciente no procedimento realizado por aqueles nesta, sendo a prova oral produzida no feito segura quanto a não utilização do material sintético que provocou a reação alérgica na requerida após dois anos do ato cirúrgico, não há como se reconhecer o dever de indenizar pelos danos reclamados na inicial. Inexistência de prova do liame causal. Sentença reformada. Sucumbência redimensionada. APELAÇÃO DOS RÉUS PROVIDA. APELO DA AUTORA PREJUDICADO⁸⁸.

Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁸⁹ defende posição contrária à dominante sobre o tema. Segundo o autor, os serviços prestados pelo cirurgião plástico, bem como pelo anestesista, estão subordinados ao mesmo grau de imprevisibilidade e aos mesmos riscos dos demais profissionais da medicina, devendo ser considerada sua atuação da mesma maneira que os outros especialistas: como obrigação de meio.

Nessa mesma linha dispõe Nestor José Forster, citando

⁸⁸ TJ/RS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70062467063*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 20.05.2015 (grifo nosso).

⁸⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 718. pp. 33-53. p. 38.

o exemplo da formação aleatória de quelóide na cicatrização, em que o médico plástico não tem como garantir a cicatrização perfeita, eis que tal condição é variável de acordo com cada organismo específico⁹⁰.

Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁹¹ conclui:

Na determinação da culpa, é preciso levar em consideração circunstâncias especiais. Assim, do anestesista se espera uma vigilância absoluta durante o decurso da cirurgia, até a retomada da consciência do paciente; do especialista, exige-se mais que do médico generalista; do cirurgião estético, rigoroso cumprimento do dever de informação e cuidado na execução do trabalho, que muitos consideram uma obrigação de resultado.

O cumprimento do dever de informar, portanto, constitui uma obrigação de resultado, mesmo que a prestação do serviço médico seja de meio. Ocorre tal fato, porque o dever de informar é anexo da obrigação principal, e a análise sobre o seu correto cumprimento independe da realização do dever principal de prestação de serviço. Por isso, cada um destes deveres deve ser visto individualmente, de modo que o descumprimento de qualquer um deles caracteriza inadimplemento ou violação positiva do contrato⁹².

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. CORREÇÃO E ADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS MÉDICAS UTILIZADAS. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. AUSENTE FORMALIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO DO PA-

⁹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 547.

⁹¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 718, pp. 33-53. p. 38.

⁹² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 63, jul/set 2007. p. 63-64.

CIENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS. - AGRAVO RETIDO - PRESCRIÇÃO - Muito embora os demandados tenham aventado em sede de contrarrazões a ocorrência da prescrição trienal prevista no art. 206, §3º, V, do Código Civil, tal matéria já foi enfrentada na audiência de instrução. Naquela ocasião, os apelados interpuuseram agravo retido contra a decisão do Magistrado que afastou a alegação de prescrição. Contudo, em sede de contrarrazões recursais, não atenderam ao requisito disposto no art. 523, caput, do CPC, razão pela qual o recurso não deve ser conhecido, nos exatos termos do §1º, do mesmo dispositivo. Logo, inviável o exame da prescrição, por força do não-conhecimento do agravo retido. – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO - APLICABILIDADE DO CDC - Cabível a aplicação do microssistema do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente. Hipótese de responsabilidade civil, prevista no Art. 14, §4º, do CDC. – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – A responsabilidade do médico, tratando-se de cirurgia plástica reparadora gera obrigação de meio. *A obrigação contratual assumida pelo médico na hipótese dos autos é de meio, o que demanda a prestação do serviço com prudência e diligência, mediante o emprego do tratamento adequado ao caso.* A obrigação de meio refere-se a uma obrigação em que o médico se compromete a utilizar de todos os meios necessários e disponíveis para alcançar o fim pretendido, mas não tem o dever, não está ele obrigado a obtê-lo, na obrigação de meio ele será responsabilizado se agir com culpa. – ERRO MÉDICO NÃO CARACTERIZADO - Na espécie, *diante da prova pericial coligida aos autos ao cotejo das alegações da exordial, verifica-se que os procedimentos cirúrgicos adotados pelos médicos demandados eram corretos e adequados ao quadro apresentado.* O autor visava atenuação da assimetria facial decorrente de fratura no osso malar ocorrida em acidente de motocicleta, para que foram indicados o `minilifting` e a blefaroplastia (levantamento de pálpebra), os quais foram considerados adequados tanto pela prova pericial quanto pela prova testemunhal. Ausente erro médico pelo não atingimento dos resultados esperados pelo paciente, diante da correção das técnicas utilizadas. - VIOLAÇÃO AO DE-

VER DE INFORMAÇÃO CONFIGURADO - O profissional da medicina tem o dever de informar o paciente sobre os detalhes do procedimento, os riscos e implicações, bem como as suas garantias, além dos cuidados necessários para alcançar o resultado almejado. Cuida-se de obrigação que é inerente ao exercício da própria atividade médica, sendo que ela deve precisa ao paciente. Caso em que *os demandados não lograram comprovar que tivessem observado o dever de informação ao paciente, não demonstrando terem prestado os esclarecimentos necessários sobre os procedimentos cirúrgicos empregados, mediante a formalização de consentimento informado do paciente. Configurado o dever de indenizar.* - QUANTUM INDENIZATÓRIO - A indenização por dano extrapatrimonial deve ser suficiente para atenuar as consequências da lesão sofrida, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO PROVIDO⁹³.

E na mesma linha, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SERVIÇO MÉDICO. LAQUEADURA. DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO MÉDICO. DEVER DE INFORMAÇÃO ATENDIDO. O encargo assumido pelo réu consiste em obrigação de meio - não de resultado -, exurgindo o dever de indenizar caso comprovada a incorreção da intervenção médica realizada. Hipótese em que o conjunto probatório atesta que a autora era portadora de uma anomalia desconhecida até o momento da cirurgia, sendo que, durante o procedimento cirúrgico foi possível realizar a laqueadura de apenas uma das trompas, fato este informado à autora. *Prova testemunhal e pericial apontando a correção do procedimento médico, bem como a observância do dever de informar à autora sobre a situação e a falibilidade do procedimento.* Responsabilidade objetiva afastada em razão da inexistência de falha na prestação do serviço, nos

⁹³ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70042520502*. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

termos do artigo 14, § 3º, I, do CDC. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA⁹⁴.

Como já mencionado, para a configuração da responsabilidade civil do médico é imprescindível a demonstração da culpa, isto é, será necessária a comprovação de que o médico não cumpriu devidamente a prestação de seus serviços, agindo com dolo ou incorrendo em negligência, imprudência ou imperícia, quando do cumprimento da obrigação⁹⁵.

A negligência consiste em um comportamento negativo do médico que, por total inércia ou omissão parcial, deixou de agir conforme as circunstâncias lhe exigiam, considerando os deveres de sua profissão e as técnicas médias adequadas. Isto é, será negligente a conduta médica que, comprovadamente, não atentar para os cuidados e as normas técnicas normalmente aplicáveis ao caso concreto⁹⁶.

Sobre o tema, veja-se jurisprudência pátria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ERRO MÉDICO. SIMPATECTOMIA TORÁCICA. HIPERIDROSE CRÂNIO-FACIAL. ERRO MÉDICO. HIPERIDROSE COMPENSATÓRIA. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA. FALHA NO ATENDIMENTO MEDICO NÃO VERIFICADA. CONSENTIMENTO INFORMADO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO NÃO VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. Caso dos autos em que o autor ingressou com pedido de indenização por danos morais e materiais, tendo em vista os danos experimentados em decorrência do *procedimento cirúrgico de simpatectomia torácica realizado com o médico demandado, supostamente, de forma negligente, que acarretou resultado insatisfatório após ato cirúrgico*, com hiperidrose compensatória. A

⁹⁴ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70050489533*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

⁹⁵ RAMOS, Jaime, Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Médica In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coords.). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 133.

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. Na hipótese dos autos, trata-se de responsabilidade pessoal, uma vez que a demandante moveu a ação contra o médico responsável pela realização do procedimento cirúrgico de simpatectomia torácica. A obrigação assumida pelo médico é de meio, devendo este utilizar-se de toda a técnica disponível para o tratamento do paciente; no entanto, não pode garantir a cura do enfermo, o que depende de diversos fatores. Sua responsabilidade depende de comprovação de culpa, a teor do disposto no art. 14, § 4º, do CDC. Conforme o laudo pericial realizado, *o atendimento médico prestado foi correto, com a utilização dos meios e conhecimentos disponíveis para o atendimento, inexistindo fatos que indiquem negligência, imprudência ou imperícia*. Os testemunhos colhidos durante a instrução processual apenas corroboram o descrito pelo autor acerca da sudorese excessiva que o levou ao procedimento médico. Nada esclarecendo no que diz com o pós-operatório, questão de fundo da demanda. A prova colhida no processo não se revela suficiente para configurar o dever de indenizar. DIREITO DE INFORMAÇÃO. No tocante ao direito de informação, trata-se de um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, III, do CDC), e tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, seu consentimento. A prova documental constante dos autos afasta eventual falha do dever de informar do médico. O documento de fl. 74 (Termo de Esclarecimento, Ciência e Consentimento) é claro quanto à possibilidade de complicações associadas ao procedimento realizado. Os elementos dos autos levam a crer que o demandante tinha conhecimento do procedimento realizado, bem como eventuais efeitos colaterais advindos da intervenção cirúrgica. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO⁹⁷.

Assim, age com negligência o médico que demora na

⁹⁷ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062235981*. Nona Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

prescrição de exames ou realização de um procedimento urgente, por exemplo, sendo passível de indenização as lesões decorrentes de tal comportamento. Miguel Kfourri Neto⁹⁸ ressalta que o zelo exigível do médico se restringe ao homem médio, dentro de sua profissão, não se podendo exigir seu cuidado tão elevado ao ponto de caracterizá-lo como excepcional.

A imprudência constitui uma ação leviana, em desatenção às regras básicas e precauções mínimas que o médico, em seu papel, deveria considerar relativamente à situação paciente. Age imprudentemente o médico que atua de forma precipitada, sem refletir e sopesar os riscos que, em seu papel, deveria conhecer e considerar. Elias Farah⁹⁹ explica que essa espécie de culpa se verifica com maior evidência na área cirúrgica, citando como exemplos de imprudência médica a cirurgia executada de maneira distinta da recomendada, ou praticada por médico sozinho quando imprescindível a presença de assistentes.

Nesse sentido, colaciona-se jurisprudência:

ERRO MÉDICO. MUTIRÃO PARA TRATAMENTO DE CATARATA. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO E DO MÉDICO QUE REALIZOU OS PROCEDIMENTOS. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. JUROS DE MORA. Caso em que os autores submeteram-se a intervenção clínica para tratamento de catarata em sistema de mutirão. Falha nos procedimentos pré e pós-operatórios. Insuficiência no atendimento prestado. Responsabilidade tanto do município como do médico que realizou as intervenções cirúrgicas. *Imprudência e negligência do profissional liberal no encargo que lhe foi designado. Particularidades de cada um dos pacientes que deveriam ser mais bem analisadas quando das cirurgias.* Inadequação de sujeitar os pacientes a longo deslocamento (600 km) entre o município onde residiam, Novo Hamburgo, o local em que operados, Três Passos, bem

⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 94-95.

⁹⁹ FARAH, Elias. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2010, v.13, n. 25. pp. 140-196. p. 155.

como o tempo de estada no local, questões que não foram sopesadas pelos réus. Perda de uma chance de tratamento eficaz da moléstia apresentada. Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito de OSCAR CARDOSO. Faltas de prova de qualquer circunstância negativa resultante do procedimento. Demais autores. Dano moral ocorrente. Valor indenizatório fixado em 1º Grau, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, mantido. Juros de mora. Responsabilidade civil contratual. Citação. Reexame Necessário: a partir de julho de 2009, devem incidir os índices oficiais de remuneração básica e juros de mora aplicados à caderneta de poupança, em razão da vigência da Lei 11.960/2009, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. PRELIMINARES AFASTADAS. APELAÇÃO DOS AUTORES DESPROVIDA. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. MODIFICADA EM PARTE A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70055627871, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 23/10/2014¹⁰⁰).

Dessa forma, o dano originado de conduta comprovadamente imprudente é passível de reparação, considerando a prudência especial que se exige do médico em sua atuação, tendo em vista seu papel de cuidado com bens jurídicos fundamentais da pessoa, quais seja a vida e a saúde¹⁰¹.

Em se tratando de imperícia, há divergência na doutrina se existe essa modalidade de culpa em se tratando do profissional de medicina. Genival Veloso França¹⁰² entende que o médico diplomado e habilitado legalmente não pode, jamais, ser considerado imperito, pois se o mesmo está credenciado e autorizado pelas instituições competentes a exercer essa ocupação, é impositivo lógico que o mesmo disponha dos conhecimentos

¹⁰⁰ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70055627871*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 23/10/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁰¹ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

¹⁰² FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. [??].

necessários para desempenhar a atividade médica não havendo a possibilidade, assim, de agir com imperícia.

Nehemias Domingos de Melo¹⁰³, em concordância com a maioria da doutrina sobre o tema, afirma que não se deve ignorar que a área da medicina é dividida em diversas especialidades, sendo que médicos que executam atos de determinada especialidade que foge à sua formação técnica não dispõem do conhecimento específico necessário a essa prática, incorrendo, assim em imperícia. Também o Código de Ética Médica admite a imperícia na seara médica, vedando comportamentos que possam ser caracterizados como tal¹⁰⁴.

A jurisprudência considera possível a imperícia na atividade médica, como se depreende do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PATRIMONIAIS E ESTÉTICOS. LESÃO NO TRONCO DO NERVO RADIAL DIREITO (OMBRO). ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Trata-se de ação indenizatória, objetivando responsabilizar a parte ré por erro médico, no tratamento cirúrgico de "lesão do manguito rotador", cujas consequências são atribuídas à conduta imperita e negligente do demandado. 2. A responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, cabendo à parte autora comprovar os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado. 3. Na análise quanto a culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 4. In casu, do exame do conjunto

¹⁰³ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82.

¹⁰⁴ CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.246/88*. Art. 29. Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam caracterizar imperícia, imprudência ou negligência.

fático-probatório, não é possível concluir que o atendimento prestado a paciente pelo *demandado tenha sido imprudente, negligente ou imperito*, o que descaracteriza a suposta falha na prestação de serviços. Isto porque, a prova pericial coligida no caderno processual foi conclusiva no sentido de que a autora recebeu o tratamento correto pelo requerido. 5. Dessa feita, diante da ausência dos pressupostos imprescindíveis ao reconhecimento do dever de indenizar, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência e o desprovimento do recurso. APELAÇÃO DESPROVIDA¹⁰⁵.

A imperícia corresponde à falta de conhecimento técnico-científico específico indispensável ao exercício de determinada atividade, inexperiência, incapacidade para a prática de uma ocupação. Pode ser considerado imperito, portanto, o médico que receita medicamento totalmente inadequado para o tratamento de determinada doença ou que corta veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando sequelas para o paciente¹⁰⁶.

Sobre a imperícia, discorre Miguel Kfourri Neto¹⁰⁷:

O médico deverá, diante de um caso que supere seus conhecimentos, conferenciar com seus colegas ou indicar um especialista. Antes de intervir, deve avaliar-se a si mesmo. [...] Parte-se do pressuposto que, após a graduação e especialização, o médico encontra-se em condições de desenvolver suas funções. Assim, à primeira vista, é imperito o médico que poderia evitar o dano apenas valendo-se de seus estudos básicos.

Elias Farah¹⁰⁸ refere que a medicina é uma ciência em constante evolução e o médico que deixar de buscar atualização científica e renovação dos seus conhecimentos técnicos

¹⁰⁵ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70056113137*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁰⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 101-102.

¹⁰⁸ FARAH, Elias. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2010, v. 13, n. 25. pp.140-196. p. 155-156.

pode agir com imperícia, ainda que detentor de diploma médico e autorização institucional, concluindo:

[...] Há intérpretes do Código de Ética Médica de 1988, sobre o disposto no seu art. 29¹⁰⁹, que condenam a imperícia, sob o fundamento de eles serem no aperfeiçoamento profissional também fruto da negligência ou da imprudência. Isto é, ninguém pode praticar atos ou assumir obrigações profissionais que sabe ou deve saber que estão fora dos limites dos seus conhecimentos e habilidades. Nenhum diploma outorga imunidades à imperícia. Toda imperícia resulta da imprudência e da omissão ante a previsibilidade do dano.

Nessa mesma linha, o Código de Ética Médica¹¹⁰ impõe como dever ao médico a sua atualização científica e reciclagem cultural, evitando-se assim a prática médica imperita.

Miguel Kfourri Neto¹¹¹ ainda refere que a culpa é tradicionalmente auferida em graus: grave, leve e levíssima, de acordo com a intensidade da imprudência, negligência ou imperícia da conduta perpetrada pelo médico, no caso concreto. Essa classificação decorre da interpretação dos arts. 944 e 945 do Código Civil de 2002¹¹², que dispõem a avaliação do julga-

¹⁰⁹ CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.246/88*. Art. 29. Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=2940. Acesso em: 01 maio. 2015.

¹¹⁰ CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009*, cap. I, item V, adverte que “compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹¹¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 76-78.

¹¹² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015).

dor da gravidade da culpa, para fins de fixação da indenização devida.

A culpa grave caracteriza-se pelo quase-delito, em que somente a prova da ausência de intenção prejudicial do agente afasta a configuração do dolo. O referido autor explica¹¹³:

Serão aquelas hipóteses em que o profissional médico demonstrará escasso ou nenhum cuidado com a vida ou integridade física do paciente, desprezando sintomas evidentes, desconsiderando queixas sérias, retardando de maneira incompreensível procedimento urgente, sabidamente necessário por qualquer médico medianamente preparado, de eleição tão singela quanto evidente.

A culpa leve ou levíssima, expõe o doutrinador, consiste no erro de conduta relativamente comum – a que todos os indivíduos estão sujeitos – apresentando-se normalmente sob a forma de negligência ou imprudência, como por exemplo, um agir desatento, distraído do profissional¹¹⁴.

A existência de culpa comprovada, independentemente de seu grau, confere ao prejudicado o direito a indenização. A avaliação da intensidade da culpa servirá para uma fixação proporcional, mais justa, da indenização¹¹⁵.

3.2 DA INCIDÊNCIA DO CDC NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O DEVER DE INFORMAR

A relação médico-paciente, como já mencionado anteriormente, constitui, via de regra, um contrato de prestação de serviços entre o médico e o paciente. Nesse contexto, entende-

¹¹³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

¹¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-80.

¹¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 76-80.

se que tal relação jurídica é contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor, considerando o médico como o fornecedor de um serviço e o paciente como o consumidor adquirente. Sílvio de Salvo Venosa assinala que “o tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, embora a relação médica não possa ser caracterizada como relação tipicamente de consumo”¹¹⁶.

Na mesma linha assinala Sérgio Cavaliéri Filho¹¹⁷, explicando que os profissionais liberais, apesar de não submetidos à responsabilidade objetiva geral da lei consumerista, estão subordinados a todos os demais princípios do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, informação, boa-fé, inversão do ônus da prova, entre outros.

Assim, considerando que a relação médico-paciente é tutelada pelo CDC, essa deve ser pautada pelos princípios básicos das relações de consumo dispostos no respectivo ordenamento, incluindo o chamado dever de informação, qual seja, o “dever que o prestador do serviço médico tem para com o paciente de informá-lo sobre o serviço que lhe será prestado de forma clara e específica”¹¹⁸. Sobre o tema, refere Sérgio Cavaliéri Filho¹¹⁹:

Ora, se o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares – dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na corre-

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 262.

¹¹⁸ PITHAN, Livia Haygert; FERNANDES, Carolina Fernández. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista HCPA*, 2007, v. 27, n. 2. pp. 78-52. p. 78. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewArticle/2568>>. Acesso em: 02 maio. 2015.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 440.

ção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente. A informação deve ser completa, clara e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Isso porque, necessário assinalar, a relação médico-paciente é claramente desequilibrada, considerando o vasto conhecimento científico do profissional na área médica face à ignorância quase completa do paciente acerca do tema. Daí surge a necessidade da incidência do CDC, como instrumento de garantia de igualdade na relação médico-paciente. Acerca da matéria, discorrem Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem¹²⁰:

No caso do código de Defesa do Consumidor, asseguram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade dos consumidores nos contratos.

Note-se que o acesso à informação é, portanto, direito básico do consumidor e dever essencial do fornecedor, nos termos do art. 6º, III, do CDC¹²¹. Edmilson Barros de Almeida Júnior explica que o dever do médico de informar o paciente é indispensável e sua desobediência acarreta em defeito na prestação do serviço, levando à inadimplência do contrato e decorrente necessidade de reparação, em caso de lesão ao paciente¹²².

Esse também é o entendimento da jurisprudência pátria:
APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LI-

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

¹²¹ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 maio 2015).

¹²² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

GADURA TUBÁRIA. PROCEDIMENTO MÉDICO SOLICITADO E AUTORIZADO PELA AUTORA. NÃO REALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO À AUTORA. NOVA GRAVIDEZ. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUANTO AO HOSPITAL E DE IMPROCEDÊNCIA QUANTO À MÉDICA OBSTETRA CONFIRMADA. 1. Por meio da presente demanda, a autora busca a condenação dos réus, médica e hospital, ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ausência de realização de procedimento cirúrgico solicitado por ela, qual seja, ligadura de trompas, por tratar-se de terceiro filho do casal. 2. O cerne da questão diz respeito, essencialmente, à informação, ou não, à demandante de que tal procedimento não fora realizado. 3. A autora havia solicitado e autorizado, via declaração entregue à funcionária que a recebeu no hospital, a realização do procedimento referido e não foi informada de que o mesmo não se realizara. Falhou o nosocômio, assim, ao não informar a autora de que o procedimento não fora realizado durante a cesárea à qual fora submetida. Além disso, o nosocômio repassou ao SUS a conta não só da cesárea, mas também da suposta ligadura tubária, o que culminou com o envio de correspondência à autora, pelo SUS, para avaliação do procedimento ao qual teria se submetido (cesariana com ligadura tubária). *Ao não receber qualquer informação a respeito, deduziu a autora que não mais engravidaria, expectativa essa que se frustrou, pois veio novamente a engravidar.* 4. *Resulta claro que não foi observado o direito da autora à informação, com o correspondente dever de informação por parte do requerido, residindo, aí, o defeito no serviço autorizador do reconhecimento do dever de indenizar, nos termos do §6º do art. 37 da Constituição Federal.* 5. O quantum indenizatório arbitrado pela sentença (R\$ 30.000,00) é razoável e não merece reparos. 6. Pensão mensal temporária fixada em 30% do salário mínimo que igualmente não merece reparos. 6. No contexto dos autos, em que a informação não chegou aos médicos que realizaram o parto da autora, não havia como exigir da médica requerida conduta diversa da comprovadamente adotada nos autos. Improcedência da ação confirmada. 7. Honorários advocatícios. Majoração. APELO DO RÉU

DESPROVIDO E APELO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE¹²³.

Ressalta-se que, em situações de estado de necessidade, como em atendimentos emergenciais, por exemplo, não se caracteriza a relação de consumo, pois não há a expressão da vontade do paciente de ser atendido por determinado médico, não existe a celebração de um contrato. Nesses casos o dever de informar pode ser suprimido, em benefício da proteção da saúde e vida do paciente.

A importância do dever de informar reside na hipervulnerabilidade evidente do paciente em relação ao médico¹²⁴. Este, por sua formação profissional, detém, nos limites da ciência médica atual, conhecimento relativo à saúde do paciente e as circunstâncias que envolvem o tratamento, enquanto aquele se encontra totalmente ignorante, carecendo de informação para que a relação jurídica seja equilibrada e o mesmo possa decidir livremente acerca de sua própria saúde e integridade física.

Luciana Mendes Pereira Roberto¹²⁵ explica que cabe exclusivamente ao médico, devedor da obrigação com o paciente, o dever de informar, sendo que outros profissionais da área da saúde podem auxiliar no tratamento do doente, mas a eles não incumbe a responsabilidade de informação e consentimento do paciente. A autora também assinala que o discurso informativo do médico deve ser compreensível ao paciente, utilizando-se uma linguagem clara, sem uso excessivo de termos técnicos e restringindo-se aos dados essenciais que envolvem o tratamento; veja-se o seguinte trecho¹²⁶:

¹²³ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70058338039*. Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015 (grifo nosso).

¹²⁴ MAIA, Maurílio Casas. O princípio da proteção da confiança na relação médico-paciente. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 21, v. 82, abr/jun 2012. p. 281.

¹²⁵ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 124-133.

¹²⁶ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de*

O importante é fornecer informações relevantes e compreensíveis para prevenir ou eliminar quaisquer entendimentos equivocados. Isso significa transmitir aos pacientes informações a respeito dos riscos que envolvem o tratamento ou exame, tais como: risco de morte, invalidez, desfiguração, dor, desconfortos, e ainda sobre a urgência e as consequências de um adiamento.

Sem a informação adequada quanto às circunstâncias que envolvem determinado procedimento médico a autonomia do paciente resta ofendida, recaindo toda a responsabilidade por eventuais lesões sobre o médico, que falhou no seu dever de informação. Isso porque a intervenção médica só é lícita se precedida do consentimento do paciente e essa anuência só é válida se embasada no conhecimento do paciente de todos os fatos que envolvem sua decisão. Sobre o tema, expõe Christoph Fabian¹²⁷:

O consentimento só é eficaz quando o paciente souber a que tratamento ele deu o seu consentimento. O consentimento pressupõe o conhecimento. Um consentimento sem informação anterior é ineficaz, mesmo se o tratamento fosse *lege artis*.

Dessa forma, entende-se que o médico que deixa de informar o paciente adequadamente incorre em negligência¹²⁸. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência pátria, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE ACERCA DA NECESSIDADE DE EXAME PÓS-OPERATÓRIO PARA AFERIR EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR, NO CASO CON-

saúde e consentimento informado. Curitiba: Juruá, 2006. p. 126.

¹²⁷ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 134-135.

¹²⁸ SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. O consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. *Revista da ESMAPÉ*. Recife, jan/jun 2008, v. 13, n. 27. p. 400.

CRETO. DANOS MORAIS RECONHECIDOS. PENSIONAMENTO AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O caso diz com pedido de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de suposto erro médico em procedimento de vasectomia. Os autores relataram que a Assistência Social do Município de Osório, em conjunto com a Secretaria de Saúde Municipal, conveniados ao Hospital São Vicente de Paulo propuseram-lhes o ingresso em um "programa contraceptivo", através da submissão do autor ao procedimento de vasectomia e, por isso, creram que o cônjuge varão estava estéril a partir do citado procedimento. 2. A responsabilidade do estabelecimento, por óbvio, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. A responsabilidade do médico, por sua vez, enquanto profissional liberal prestador de serviços é subjetiva, nos moldes do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. De outro lado, o alegado defeito no equipamento médico utilizado regula-se pelo disposto no art. 12, também do CDC. Demais disso, em se tratando de relação jurídica erigida com o Poder Público, aplica-se o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 3. Considerando que os autores participaram de um Programa Familiar, esse deveria ter formalizado em seus registros, tanto a ciência do paciente para a realização do importante exame a fim de aferir o sucesso do procedimento, como a informação de que o demandante não compareceu para realizá-lo. Nada disso, porém, tem o demandado anotado. *Era obrigação do réu informar adequadamente o paciente acerca da imprescindibilidade do exame pós-operatório para confirmar a eficiência do procedimento de vasectomia. Com isto, o réu foi negligente sobre os efeitos que a desinformação poderia provocar, mormente em se tratando de pessoa extremamente simples, o que revela que houve evidente falha no controle da realização dos espermogramas. Comprovada a negligência e descuido do demandado com o dever de informação, obrigando-se por isso ao dever indenizatório.* 4. Trata-se de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. No caso concreto, resta ainda mais evidenciada a ocorrência de danos morais, uma vez que em decorrência do serviço médico deficiente prestado pelo réu, surgiu no âmbito familiar dos autores, clima de desconfiança de que a criança que nasceu não fosse fi-

lha do demandante, em virtude da certeza de infertilidade que pensava ter após a realização da vasectomia. 5. Assim, tendo em vista as circunstâncias do caso e os parâmetros deste Colegiado, inclusive em decisões de que já participei julgando questões s indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos autores. A quantia deverá ser corrigida monetariamente pelo IGP-M desde a data do acórdão, nos termos da Súmula 362 do STJ e acrescida de juros de mora ao patamar de 1% ao mês, incidentes desde a data do que se supõe tenha ocorrido o início da gestação (nove meses anteriores à data do nascimento da criança), ou seja, desde 06.02.2009, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, 6. Inversão e redimensionamento da condenação sucumbencial, ante a alteração da decisão. Admitida a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil e da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME¹²⁹.

Miguel Kfourí Neto¹³⁰ assinala que, havendo culpa do médico para a ocorrência do dano, a informação ou não do paciente torna-se praticamente irrelevante, pois consiste em dever secundário do profissional; entretanto, pode o médico ser responsabilizado exclusivamente pela falha no dever de informar, ainda que não tenha sido constatada a culpa no inadimplemento da obrigação principal.

Nesse sentido entende a jurisprudência pátria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INTERVENÇÃO PARA TRATAMENTO DE POLIPOSE NASAL E DESVIO DE SEPTO. PERFURAÇÃO DA BASE DO CRÂNIO. ERRO MÉDICO POR AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. INDENIZAÇÃO. 1. Caso em que o autor sofreu perfuração da base do crânio ao submeter-se à cirurgia para tratar polipose nasal e desvio de septo. 2. O plano de saúde não responde por erro

¹²⁹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70055467765*. Nona Câmara Cível. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 13/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

¹³⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

atribuído a profissional liberal credenciado, pois não interfere na escolha do médico pelo segurado, tampouco em relação ao procedimento adotado pelo clínico. Inexistência de relação de subordinação ou vínculo empregatício entre o plano de saúde e o médico. 3. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 4. Prova pericial que aponta inexistir culpa do profissional médico quando da intervenção realizada. *Lauda que afastou a negligência como causa à perfuração da base do crânio do paciente. Evento que, embora raro, é citado pela literatura médica como fato de possível ocorrência. Erro médico não evidenciado.* 5. *Dano moral ocorrente. Ofensa ao dever de informação, ante a falta de aviso ao paciente das possíveis complicações decorrentes da intervenção cirúrgica. Consentimento informado que não foi observado, impossibilitando ao consumidor, ciente dos riscos e através da autonomia da vontade, optar ou não pela realização da cirurgia. Responsabilidade civil do médico reconhecida.* 6. "É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica" - lição doutrinária. 7. Prejuízo estético não evidenciado. Cicatriz em região abdominal, discreta, que não é suficiente a causar qualquer constrangimento à parte. Precedentes desta Corte. 8. Ausente sistema tarifado, a fixação do quantum indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. 9. Afastamento do dano estético, estabelecido conjuntamente com o dano moral, que impõe a diminuição do montante indenizatório. Redução para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 10. Despesas específicas com medicamentos impugnadas na contestação. Falta de insurgência em réplica ou prova do nexo de causalidade entre o fato descrito na inicial e o uso das substâncias objetadas pelo réu. Parcela indenizatória material parcialmente afastada. 11. Necessidade de tratamento do quadro epilético. Manutenção da sentença. Prova pericial que aponta ser a lesão consequência da intervenção clínica realizada pelo demandado. 12. Ônus de sucumbência. Readequa-

ção. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. PROVIDO EM PARTE O RECURSO DO RÉU¹³¹.

O autor, exemplificando, descreve o caso da realização de um procedimento de vasectomia – cirurgia de esterilização do homem, pela secção do canal deferente – em que o paciente, 3 anos após a operação, engravidou a esposa. O médico do caso, julgado pelo tribunal de Barcelona, foi condenado ao pagamento de indenização porque restou entendido que o mesmo, embora não tenha agido com culpa na execução do procedimento, deixou de informar ao paciente de que o resultado da cirurgia poderia não ser definitivo, devido a regeneração espontânea do canal seccionado, evento raro, porém possível¹³².

3.3 DO CONSENTIMENTO INFORMADO: CONCEITO, ALCANCE, FORMALIDADES

Como referido anteriormente, o médico precisa do consentimento do paciente para executar licitamente qualquer tratamento ou procedimento médico. Destarte, a anuência do paciente precisa ser precedida de esclarecimento claro e específico, fornecido pelo médico, quanto aos riscos e perspectivas relacionadas ao tratamento proposto.

Lívia Haygert Pithan e Carolina Fernández Fernandes¹³³ explicam que o consentimento informado garante a autonomia da vontade do paciente, traduzido no direito de dispor do pró-

¹³¹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação cível nº 70056801855*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25/09/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015 (grifo nosso).

¹³² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 44-45.

¹³³ PITHAN, Lívia Haygert; FERNANDES, Carolina Fernández. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista HCPA*, 2007, v. 27, n. 2. pp. 78-52. p. 79. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewArticle/2568>>. Acesso em: 02 maio 2015.

prio corpo como bem entender, veja-se:

Existe, portanto, a necessidade de que a pessoa autorize os procedimentos a serem realizados em seu corpo. Consequentemente, pertencerá ao paciente a valoração sobre os procedimentos, riscos, desconfortos e benefícios da terapêutica a que será submetido, através de informações e esclarecimentos necessários fornecidos pelo profissional que o levem a valorar se os riscos que poderá sofrer durante o tratamento valem a aceitação do mesmo.

Esse consentimento pressupõe a presença dos seguintes elementos: capacidade, conhecimento e liberdade do paciente em sua tomada de decisão, quanto a aceitar ou recusar determinada prática médica¹³⁴. Esses requisitos são imprescindíveis ao processo de consentimento e a falta de apenas um deles já é suficiente para invalidar o consentimento prestado.

Luciana Mendes Pereira Roberto¹³⁵ assinala que a capacidade para consentir é diferente da capacidade negocial estabelecida nos artigos 3º e 4º do Código Civil vigente. A capacidade prevista na referida lei tem caráter permanente, enquanto a capacidade específica para consentir deverá ser auferida na situação concreta, pois delimitada pelas circunstâncias de cada caso.

Adriano Marteleto Godinho¹³⁶ explica que se deve dar preferência sempre ao próprio paciente para a expressão do consentimento, recorrendo-se ao representante legal somente nos casos em que o paciente não tem capacidade intelectual ou psicológica de discernir a extensão dos riscos e circunstâncias do ato médico em questão.

¹³⁴ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 108.

¹³⁵ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 112.

¹³⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. Campinas, SP, mar/abr. 2010, v. 60, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942010000200014&script=sci_arttext> Acesso em: 13 maio 2015.

O referido autor¹³⁷ conclui:

Quando se cogita a proteção a bens jurídicos como a vida, a saúde e a integridade física, competirá ao próprio titular desses direitos a primazia da escolha e, caso haja discrepância entre a vontade do incapaz e a opção de seus representantes, caberá ao Poder Judiciário em última análise dirimir a controvérsia.

Nesse contexto, entende-se que menores acima de doze anos, via de regra, podem recusar procedimentos, considerando que houve o adequado processo de informação e esclarecimento. Contudo, na presença de iminente risco de grave lesão ou de morte, caberá ao médico recorrer ao judiciário, ou mesmo prestar assistência sem consentimento em caso de evidente urgência. O mesmo se aplica para pacientes incapazes por doença mental, dependendo do seu grau de compreensão¹³⁸.

Neste sentido, Carlos Alberto Silva¹³⁹ afirma:

A recusa ao tratamento, no entanto, não requer agente capaz, vez que a regra é a inviolabilidade, motivo pelo qual admitimos que o paciente acima de 12 anos de idade – adolescente – possa recusar submeter-se a tratamento médico, desde que não haja risco à sua vida.

O esclarecimento do paciente, como já exposto anteriormente, é fundamental para que o paciente possa declarar sua vontade de forma consciente e isenta de vícios. O Código Civil de 2002¹⁴⁰ dispõe em seu art. 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico

¹³⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. Campinas, SP, mar/abr. 2010, v. 60, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942010000200014&script=sci_arttext> Acesso em: 13 maio 2015.

¹³⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 115-116.

¹³⁹ SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, maio 2013, v. 15, n. 5.

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015.

ou intervenção cirúrgica”. Somente após a devida ciência do paciente de todas as circunstâncias que envolvem determinada terapêutica o ato médico será considerado lícito, respeitada a autonomia, integridade física e dignidade da pessoa, a qual se submeteu por vontade própria ao tratamento médico.

Por essa razão, entende-se que o consentimento informado é parte obrigatória da relação médico-paciente, sendo dispensável somente em casos de urgência ou atuação compulsória¹⁴¹. Nesses casos entende-se que o consentimento é presumido ou implícito, como dispõe Débora Sotto¹⁴².

Lívia Hayger Pithan e Carolina Fernández Fernandes explicam os médicos, na tentativa de exercer uma Medicina Defensiva, buscam a obtenção do consentimento através de um documento semelhante ao contrato de adesão, um modelo uniforme de anuência de determinado procedimento médico, nomeado Termo de Consentimento Informado. No entendimento das autoras essa prática é condenável, porque ofende a autonomia do paciente, que fica impedido de decidir livremente¹⁴³.

Sobre o tema expõe Amanda Bernardes¹⁴⁴:

O dever de informar não se resume ao termo de consentimento informado utilizado por muitos profissionais, o dever de informar é um processo de diálogo entre o médico e o paciente, onde serão esclarecidos os riscos, os benefícios, os riscos ine-

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 441.

¹⁴² SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente*. Medidas preventivas à responsabilização pela falta de informação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/>>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁴³ PITHAN, Lívia Hayger; FERNANDES, Carolina Fernández. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista HCPA*, 2007, v. 27, n. 2. pp. 78-52. p. 78. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewArticle/2568>>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹⁴⁴ BERNARDES, Amanda. *A nova visão do termo de consentimento informado: a responsabilidade civil do médico por falha no dever de informar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37271/a-nova-visao-do-termo-de-consentimento-informado-a-responsabilidade-civil-do-medico-por-falha-no-dever-de-informar>>. Acesso em: 03 maio 2015.

rentes, doença, as prescrições a seguir, as possibilidades de tratamento, os cuidados no tratamento, precauções essenciais, as formas de intervenção.

Luciana Mendes Pereira Roberto¹⁴⁵ concorda:

O consentimento, ou o ato de concordar com um tratamento de saúde ou um exame, não é mero preenchimento de um papel para ser colocado no prontuário do paciente, mas sim um processo que envolve uma troca de informações entre o fornecedor do serviço de saúde e o paciente, bem como sua permissão e concordância.

Na mesma linha discorre Débora Sotto¹⁴⁶, afirmando que “os formulários padronizados devem ser utilizados apenas como instrumentos auxiliares do cumprimento do dever de informar”, recomendando-se ao médico valer-se de outros meios de prova de sua conduta, como o prontuário médico e o processo clínico do paciente.

Luiz Carlos Séllos Simões assevera que “o mero uso desse termo não isenta quanto a aplicação da lei nos erros por imperícia, imprudência ou negligência do profissional, nem dos processos médicos por tais atos [...]”¹⁴⁷. Por outro lado, a jurisprudência entende que, havendo o Termo de Consentimento Informado, está comprovado o cumprimento do dever de informar, de acordo com os julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE VASECTOMIA. GRAVIDEZ NÃO PLANEJADA. CULPA MÉDICA NÃO COMPROVADA. Não estando comprovada nos autos a culpa do réu inviável a sua responsabilização pela gravidez não planejada da autora, mormente por que, segundo o laudo

¹⁴⁵ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*, Curitiba: Juruá, 2006. p. 88.

¹⁴⁶ SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente*. Medidas preventivas à responsabilização pela falta de informação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/>>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁴⁷ SIMÕES, Luiz Carlos Séllos. *Consentimento informado: o desafio médico-jurídico de nossos dias*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-3616201000020015>. Acesso em: 03 maio 2015.

pericial e de acordo com a doutrina médica, a cirurgia de vasectomia é falível, tanto que é obrigação do médico informar ao paciente quanto à indispensável realização do espermograma para confirmação do resultado, dever, no caso, comprovadamente observado pelo réu. *Termo de consentimento firmado pelos autores, no qual declaram estarem cientes dos riscos e implicações inerentes ao procedimento.* Prova de que o autor não seguiu as orientações médicas, no pós-operatório, deixando de realizar o imprescindível exame de espermograma. Habilitação técnica do réu para realização da cirurgia comprovada nos autos. *Dever de informar observado, no caso.* Sentença de improcedência mantida, inclusive, com relação à clínica ré, onde realizado o procedimento. APELAÇÃO IMPROVIDA¹⁴⁸. (Grifo nosso)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ERRO MÉDICO. SIMPECTOMIA TORÁCICA. HIPERIDROSE CRÂNIO-FACIAL. ERRO MÉDICO. HIPERIDROSE COMPENSATÓRIA. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA. FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO NÃO VERIFICADA. CONSENTIMENTO INFORMADO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO NÃO VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. Caso dos autos em que o autor ingressou com pedido de indenização por danos morais e materiais, tendo em vista os danos experimentados em decorrência do procedimento cirúrgico de simpatectomia torácica realizado com o médico demandado, supostamente, de forma negligente, que acarretou resultado insatisfatório após ato cirúrgico, com hiperidrose compensatória. A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. Na hipótese dos autos, trata-se de responsabilidade pessoal, uma vez que a demandante moveu a ação contra o médico responsável pela realização do procedimento cirúrgico de simpatectomia torácica. A obrigação assumida pelo médico é de meio, devendo este uti-

¹⁴⁸ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70020459772*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

lizar-se de toda a técnica disponível para o tratamento do paciente; no entanto, não pode garantir a cura do enfermo, o que depende de diversos fatores. Sua responsabilidade depende de comprovação de culpa, a teor do disposto no art. 14, § 4º, do CDC. Conforme o laudo pericial realizado, o atendimento médico prestado foi correto, com a utilização dos meios e conhecimentos disponíveis para o atendimento, inexistindo fatos que indiquem negligência, imprudência ou imperícia. Os testemunhos colhidos durante a instrução processual apenas corroboram o descrito pelo autor acerca da sudorese excessiva que o levou ao procedimento médico. Nada esclarecendo no que diz com o pós-operatório, questão de fundo da demanda. A prova colhida no processo não se revela suficiente para configurar o dever de indenizar. DIREITO DE INFORMAÇÃO. No tocante ao direito de informação, trata-se de um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, III, do CDC), e tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, seu consentimento. A prova documental constante dos autos afasta eventual falha do dever de informar do médico. *O documento de fl. 74 (Termo de Esclarecimento, Ciência e Consentimento) é claro quanto à possibilidade de complicações associadas ao procedimento realizado. Os elementos dos autos levam a crer que o demandante tinha conhecimento do procedimento realizado, bem como eventuais efeitos colaterais advindos da intervenção cirúrgica.* Sentença de improcedência mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO¹⁴⁹. (Grifo nosso)

Débora Sotto¹⁵⁰ indica como resolução para a problemática o trabalho em conjunto dos médicos com outros profissionais da saúde no processo de consentimento informado, eis que psicólogos, enfermeiros e outros especialistas muitas vezes

¹⁴⁹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do Estado do RS. *Apelação Cível nº 70062235981*. Nona Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁵⁰ SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente*. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. Elaborado em 07/2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4635/o-dever-de-informar-do-medico-e-o-consentimento-informado-do-paciente#ixzz1uCjV5ZRF>>. Acesso em: 03 maio 2015.

conseguem identificar dúvidas e necessidades que o paciente pode ter que provavelmente passariam despercebidas ao médico.

A autora¹⁵¹ encerra:

Entretanto, mais do que se prevenir contra possíveis ações judiciais, é importante que o profissional médico busque sempre aprimorar os meios de comunicação para com seus pacientes. De fato, se a relação médico-paciente for construída em sólidas bases de profissionalismo, lealdade e confiança, dificilmente irá resultar em litígio.

Dessa forma, resta evidente que o Termo de Consentimento Informado pode auxiliar o médico na demonstração de sua conduta diligente, mas não exime a sua responsabilidade no caso de atuação negligente, imperita ou imprudente.

3.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE APLICÁVEIS AO PROFISSIONAL DA MEDICINA

De maneira a alcançar sua não responsabilização por eventuais danos, o sujeito pode alegar algumas situações, tais como: caso fortuito, força maior, fato da vítima, fato de terceiro e culpa concorrente.

Essas hipóteses se justificam como excludentes pela sua capacidade de desconstituição do nexos causal, elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil. O nexos de causalidade, que conecta a conduta ao resultado danoso, comprovadamente inexistente ou interrompido por qualquer motivo, exime o agente da responsabilidade pela lesão sofrida pela vítima.

Na atividade médica, os casos fortuitos são representa-

¹⁵¹ SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente*. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. Elaborado em 07/2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4635/o-dever-de-informar-do-medico-e-o-consentimento-informado-do-paciente#ixzz1uCjV5ZRF>>. Acesso em: 03 maio 2015.

dos pelas reações idiossincrásicas (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, etc.). Entretanto, o caso fortuito não restará configurado quando, ocorrendo hipersensibilidade e inevitabilidade do evento, o médico, por imperícia ou negligência, se omitir em exames prévios recomendados pela ciência médica¹⁵².

O Código Civil de 2002, cabe assinalar, prevê em seu art. 393, parágrafo único¹⁵³ o dever de indenizar pelos danos decorrentes de caso fortuito e força maior não recai sobre o devedor que não assumiu tal possibilidade expressamente, tendo em vista o caráter imprevisível e inevitável dessas hipóteses, a ser auferido de acordo com as circunstâncias do fato.

Nesse sentido, veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. PREENCHIMENTO FACIAL. APLICAÇÃO DE MATERIAL NÃO AUTORIZADO PELA PACIENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. REAÇÃO ALÉRGICA APÓS DOIS ANOS DO PROCEDIMENTO. NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. DA RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA ESTÉTICA. A responsabilidade das clínicas, a partir da vigência da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadoras de serviços devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, *ex vi* o art. 14, § 3º do CDC. RESPONSABILIDADE MÉDICA. A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, sendo sua responsabilidade subjetiva,

¹⁵² FARAH, Elias. Atos médicos. Reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2010, v. 13, n. 25. pp. 140-196. p. 166.

¹⁵³ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2012).

com culpa presumida, cabendo ao profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Aplicação do art. 14, § 4º, do CDC. DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA. *Tendo o laudo pericial sido enfático no sentido de que os réus utilizaram gordura da própria paciente no procedimento realizado por aqueles nesta, sendo a prova oral produzida no feito segura quanto a não utilização do material sintético que provocou a reação alérgica na requerida após dois anos do ato cirúrgico, não há como se reconhecer o dever de indenizar pelos danos reclamados na inicial. Inexistência de prova do liame causal.* Sentença reformada. Sucumbência redimensionada. APELAÇÃO DOS RÉUS PROVIDA. APELO DA AUTORA PREJUDICADO¹⁵⁴.

Quanto à força maior, sua principal característica é a irresistibilidade, o que faz dessa situação uma possibilidade descomunal por ser absolutamente inevitável, ainda que muitas vezes previsível. Já o caso fortuito, na seara médica, seria a morte súbita do paciente, sem apresentar qualquer conexão com o tratamento que vinha sendo aplicado, ou um choque anafilático, por exemplo. Note-se que o caso fortuito pode ser relacionado com a culpa exclusiva da vítima: doenças anteriores que não foram comunicadas ao médico, que não apresentam relação de causalidade com os procedimentos aplicados.¹⁵⁵

Segundo Carlos Alberto Silva¹⁵⁶, diante da ocorrência de uma lesão decorrente de caso fortuito, como por exemplo, reações adversas a um medicamento, mesmo que empregada toda cautela, ainda assim o médico é responsável pelo dano, se não informou o paciente quanto aos riscos da utilização de tal medicamento.

¹⁵⁴ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062467063*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 27/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁵⁵ FARAH, Elias. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun. 2010, v. 13, n. 25. pp. 140-196. p. 167-168.

¹⁵⁶ SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, maio 2003, v. 15, n. 5. p. 46.

Bruno Miragem assinala que, embora não previstas expressamente no CDC como excludentes, as hipóteses de caso fortuito e a força maior tem o condão de afastar a responsabilidade civil do agente, pois rompem com um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, qual seja, o nexu causal, aniquilando a relação lógica entre a conduta do agente e o dano efetivamente sofrido pelo lesado, sobre o qual se busca indenizar¹⁵⁷.

Há ainda a possibilidade de ocorrência de culpa exclusiva da vítima. Para Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹⁵⁸ cabe a exclusão da responsabilidade quando o fato provocado pela vítima constitui causa adequada exclusiva no evento lesivo sofrido pela mesma. Essa excludente interfere diretamente no nexu de causalidade, levando à eliminação da obrigação de indenizar, tanto na responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, inc. III, do CDC¹⁵⁹) quanto na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14 § 3º, inciso II, do CDC¹⁶⁰).

¹⁵⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 379.

¹⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 281-283.

¹⁵⁹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, inc. III - a época em que foi colocado em circulação. (BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 maio 2015).

¹⁶⁰ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § [...] 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...] inc. II - culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 maio 2015).

O autor¹⁶¹ exemplifica tal condição citando o uso de medicamentos objetivando o suicídio, utilização e conservação de produtos de forma contrária à recomendada, bem como utilização de insumos vencidos. Cabe observar que o fato da vítima é afastado quando o produto ou serviço é defeituoso, salvo se puder ser alegada outra excludente, como caso fortuito ou força maior.

Nesse contexto, ressalta-se que a culpa exclusiva da vítima não pode ser confundida com a inexistência de defeito do produto ou serviço, eis que constituem causas independentes na exclusão da responsabilidade do agente. Não havendo defeito no produto ou serviço, é remota a responsabilidade do fornecedor; se o produto ou serviço apresentar um defeito e o dano tenha sido causado pela vítima, isso exclui a responsabilidade do fornecedor¹⁶².

Neste sentido, colaciona-se jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. O Hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar comprove a ausência de nexos causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior. 3. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de

¹⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 281-283.

¹⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 281-283.

acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ. 4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 5. Em que pese o nexo causal entre o medicamento que foi ministrado, o Flotac, o qual é contra-indicado em pacientes com úlcera gástrica, e óbito, ocasionado por úlcera perforada, *não detinha o médico que prestou atendimento todas as informações essenciais sobre o paciente, de sorte que o evento decorreu de culpa exclusiva da vítima*. 6. *Também o paciente, na relação com seu médico, detém o dever de informar todas as moléstias, alergias, incompatibilidades, enfim, todas as intercorrências capazes de alterar o diagnóstico. Situação em que a omissão da informação que o paciente era alcoólatra contribuiu diretamente para a prescrição de medicamento inadequado, ocasionando o óbito deste*. 7. Não assiste razão à parte autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento à vítima. Negado provimento ao apelo¹⁶³.

Ademais, importa analisar ainda a culpa concorrente como atenuante de responsabilidade. Essa situação, expõe Sílvio de Salvo Venosa, se configura quando a responsabilidade é atribuída tanto a quem provocou o dano quanto à própria vítima, isto é, os dois sujeitos contribuíram para o resultado lesivo. Dessa forma, a indenização será dividida entre vítima e autor, podendo as parcelas de responsabilidade serem diferentes, na medida da intensidade da culpa de cada um, encerrando uma divisão proporcional dos prejuízos¹⁶⁴.

O autor¹⁶⁵ continua explicando que essa matéria está

¹⁶³ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70050352939*. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 31/10/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4. pp. 49-51.

¹⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4. pp. 49-51.

contemplada no artigo 945 do Código Civil Brasileiro de 2002¹⁶⁶, mas não deve ser aplicada quando a lei dispuser que somente a culpa exclusiva da vítima obsta o dever de reparar o dano e não a culpa concorrente, como acontece com o Decreto 2681/1912, que regula a responsabilidade das estradas de ferro. Portanto, a culpa concorrente só compensará os danos quando não houver ressalvas na lei e no caso da responsabilidade médica, destaca-se, não existe tal ressalva, restando responsáveis tanto o médico quanto a vítima, que contribuíram conjuntamente para o evento lesivo. Nessa linha discorre Tupinambá Miguel Castro do Nascimento¹⁶⁷:

Nas relações de consumo, só a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro que é causa exonerativa. Daí a tranquila conclusão de que, na culpa concorrente, persiste a obrigação do fornecedor de ressarcir o consumidor. [...].

No fato de terceiro, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁶⁸, assinalam a importância do ato de terceiro - que não tenha sido o causador direto do dano, e também não seja a vítima - se poderia ter rompido o nexo causal, excluindo de responsabilidade do agente direto do dano. Essa excludente de responsabilidade não é totalmente aceita, sendo a que mais encontra resistência na jurisprudência nacional. Cabe asseverar que a responsabilidade recairá, todavia, sobre o hospital ou o médico na hipótese do terceiro envolvido ser ligado a estes.

Nesse sentido, o entendimento firmado na jurisprudência é de que embora seja objetiva, a responsabilização das entidades hospitalares ou clínicas depende da constatação de culpa

¹⁶⁶ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano, de 10/01/2002. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 maio 2012).

¹⁶⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 56.

¹⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 116.

do médico ou terceiro ligado à pessoa jurídica. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ERRO MÉDICO. PERFURAÇÃO DE ÍNTESTINO GROSSO DURANTE NEFRECTOMIA RADICAL DO RIM. PERITONITE. INFECÇÃO GENERALIZADA. ÓBITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL VINCULADA À DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO AGENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora contra a sentença de improcedência proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e moral decorrentes de imperícia de médico cirurgião que, ao retirar tumor renal, acabou por perfurar alça intestinal, o que provocou peritonite e a necessidade de nova intervenção cirúrgica que culminou com o óbito do paciente. AGRAVO RETIDO - A análise da legitimidade do hospital para figurar no polo passivo da lide que discute evento danoso decorrente de erro médico realizado no interior do seu estabelecimento deve ser analisada no mérito, pois diretamente ligada à responsabilidade do nosocômio pelos danos alegados. *RESPONSABILIDADE CIVIL – O Código de Defesa do Consumidor atribui responsabilidade civil do médico ao médico por fato do serviço, nos termos do §4º do art. 14. Quanto ao nosocômio, a responsabilidade é objetiva, a qual resta afastada em caso de comprovação de que o defeito inexistente ou decorre de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, caput e §3º. Não obstante isso, nos casos em que o defeito na prestação do serviço do hospital não decorre de ato próprio da instituição, mas está ligado à atuação técnico-profissional do médico a ela vinculado, a responsabilidade do hospital passa, necessariamente pela comprovação da culpa do seu agente.* Precedentes. DEVER DE INDENIZAR - Não obstante a conclusão do laudo pericial indique ausência de conduta médica inadequada, o julgador não está adstrito à prova pericial, podendo lançar mão de outros elementos probatórios para formar sua convicção (art. 436 do CPC). "In casu", o exame de tomografia computadorizada realizada pelo paciente em razão da forte dor abdominal sentida quatro dias após a cirurgia indicou pneumoperitônio (ar na cavidade abdominal) maior do que o esperado para o período pós-operatório, sugerindo a

ocorrência de perfuração do intestino. Sendo assim, imperioso concluir que o óbito não decorreu do estágio avançado do carcinoma renal, mas, ao contrário do que revelado na perícia, à toda evidência, de complicação cirúrgica que foi percebida tardiamente e que enseja a responsabilidade do médico e, conseqüentemente, do nosocômio do qual compõe o corpo clínico. DANO MATERIAL - A procedência do pedido de indenização por dano material depende de prova inequívoca da diminuição patrimonial de quem se diz lesado. Sendo assim, faz jus a demandante apenas ao ressarcimento do valor representado pelo recibo coligido aos autos, sendo que o desembolso da quantia objeto de protesto de duplicata não restou comprovado. O material, a procedência do pedido de pensão mensal também depende de prova inequívoca. No caso em exame, inexistente nos autos qualquer elemento probatório que corrobore a alegação da parte autora de que seu esposo percebia, além do benefício previdenciário, remuneração pela atividade de representação comercial. DANO MORAL - O dano moral se afigura "in re ipsa" e prescinde de maiores explicações. O "quantum" deve ser fixado de tal forma que o valor arbitrado não seja tão irrisório que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbado a ponto de implicar enriquecimento ilícito para a parte autora. Sendo assim, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra adequada às particularidades do caso concreto. Ação julgada procedente em parte. Ônus sucumbenciais redimensionados. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA¹⁶⁹.

José de Aguiar Dias¹⁷⁰, discorrendo sobre fato de terceiro, afirma que:

[...] só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato. A questão é essencialmente ligada ao problema do nexa causal e parece-nos que não tem sido estudada desse ponto de vista. Em últi-

¹⁶⁹ TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70040471146*. Sexta Câmara Cível. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 26/02/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015 (grifo nosso).

¹⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 926.

ma análise, todo fato que importe exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representar a negação da relação de causalidade.

Nehemias Domingos de Melo¹⁷¹ explica que fato de terceiro se assemelha com o caso fortuito e força maior, no sentido da imprevisibilidade e inevitabilidade, posto que nem a vítima, nem o agente, deram causa ao feito.

O autor, exemplificando, conta que, se um paciente internado, em um hospital, é procurado por seus inimigos e esses ao invadirem o local em busca de vingança causarem danos ao paciente ali internado, estamos diante de fato de terceiro, pois o ocorrido é completamente imprevisível e estranho ao objeto de contrato de prestação de serviços, que foi feito entre os pacientes e o hospital. Ele afirma que a responsabilidade do hospital está afastada ante a excludente derivada do fato de os danos causados aos pacientes internados terem sido causados por terceiro, que não têm nenhuma relação com as obrigações que resultam dos serviços contratados¹⁷².

Cabe observar que os médicos, assim como os hospitais e clínicas, têm o dever de garantir a segurança e vigilância dos pacientes, na medida do possível, tendo em vista a confiança depositada pelos doentes no cuidado com a sua saúde e integridade física. Bruno Miragem¹⁷³ esclarece que o hospital poderá ser responsabilizado pela violação do dever de segurança, entre outros, caso praticado pelo médico preposto, empregado ou qualquer terceiro vinculado ao hospital, caracterizando defeito na prestação de serviço ao paciente, ao qual o hospital responde objetivamente, nos termos no art. 14, *caput*, do CDC.

O autor ainda refere que a responsabilidade do hospital

¹⁷¹ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 51-52.

¹⁷² MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 51-52.

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, jul/set 2007, ano 16, n. 63. pp. 53-91. p. 83.

não é totalmente dependente da imputação do médico, pois a primeira é avaliada objetivamente - decorrente de uma falha na prestação do serviço, enquanto a segunda carece da demonstração de culpa. Assim, pode o hospital ser responsabilizado ainda que o médico seja eximido, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a falha do hospital e o prejuízo eventualmente sofrido pelo internado. Da mesma forma, o médico poderá ser responsabilizado exclusivamente por seus atos, sem recair sobre o hospital o dever de indenizar.

Cláudia Lima Marques¹⁷⁴ assinala que o médico chefe da equipe será responsabilizado pelos atos dos seus membros. Assim, se houver dano, presume-se culpado o chefe da equipe. Salvo se for possível individualizar a responsabilidade, como, por exemplo, no caso do anestesista que age com imprudência – responderá então o profissional ou o hospital.

Nesta linha de pensamento Carlos Roberto Gonçalves¹⁷⁵ ressalta que:

O médico responde não só por fato próprio como pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. Assim, presume-se a culpa do médico que mandou sua enfermeira aplicar determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente.

Pode-se dizer que ocorre a responsabilidade por fato de terceiro quando a lesão é provocada por agente alheio ao corpo médico, mas envolvido na cura do doente. O fornecimento pelo farmacêutico do medicamento errado em relação ao prescrito pelo médico, a conclusão equivocada de um exame laboratorial que venha a causar dano ao paciente são exemplos. Em tais situações a responsabilidade do médico deverá ser excluída ou proporcional¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais (São Paulo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2004, v. 93, n. 827. p. 26.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4. p. 258.

¹⁷⁶ FARAH, Elias. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista*

Considerando ainda o dever do médico de garantir de segurança na utilização de instrumentos e aparelhos comuns à sua atividade, existe a excludente por “culpa das coisas”, controvertida na doutrina, em que o médico poderia ter sua culpa atenuada no caso de a lesão decorrer de evento do material utilizado, que esteja além do controle do médico. Em outras palavras, é somente atenuada a culpa se o dano está fora do ato médico, tendo em vista que essa condição escapa ao controle do profissional, sobre o material que utiliza. “Autores há que invocam a então hipótese do caso fortuito, porque o vício ou defeito da coisa causadora do dano era previsível, sendo, então, responsável o médico”¹⁷⁷.

4 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil se configura a partir de três elementos essenciais: ação ou omissão, dano e nexos causal. Ocorrendo a ausência de qualquer destes, não há responsabilidade e, conseqüentemente, obrigação de reparação.

Assim, é preciso que ocorra uma conduta, de ação ou omissão, que resulte em um dano, para que a responsabilidade civil se concretize. Ação corresponde ao ato comissivo, ativo do agente que provoca a lesão, enquanto omissão consiste na inércia, no deixar de fazer do sujeito, que gera a lesão.

O dano, material ou imaterial, corresponde à lesão sofrida pela vítima. O primeiro gênero corresponde ao prejuízo patrimonial da pessoa, impedindo-a de ganhar (lucro cessante) ou lhe diminuindo o patrimônio existente (dano emergente). A segunda espécie é a lesão que afeta os bens extrapatrimoniais, não mensuráveis em dinheiro. O dano, independentemente de sua classificação, é o fundamento da responsabilidade civil e da

do IASP. São Paulo, jan/jun 2010, v. 13, n. 25. p. 179.

¹⁷⁷ FARAH, Elias. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2010, v. 13, n. 25. p. 168.

indenização, pois sem ele não há o que reparar.

Igualmente indispensável à configuração da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que vincula o dano à conduta do agente. Através do nexo causal se identifica o causador da lesão e se quantifica a indenização correspondente devida.

Após essas considerações a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil, damos sequência a alguns conceitos que esta pesquisa nos possibilitou examinar.

Os médicos possuem diversos deveres e direitos – constantes de múltiplos ordenamentos legais e estão sujeitos às sanções dispostas nesses diplomas em caso de desobediência dessas obrigações.

A relação entre o médico e o paciente é contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor por ser considerada uma relação contratual consumerista, onde o médico figura como fornecedor, prestador de serviços médicos, e o paciente como consumidor. Nessa relação a obrigação do profissional de medicina é de meio, via de regra, pois que se compromete a tratar, mas não pode garantir a cura do paciente.

No art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como no artigo 951 do Código Civil, está prevista a responsabilidade civil subjetiva atribuída ao médico, de caráter excepcional, configurada por negligência, imprudência ou imperícia.

O paciente tem o direito de consentir ou recusar o procedimento, bem como interromper o tratamento médico sugerido. Da mesma forma, o médico tem o dever de informar e aconselhar o paciente quanto ao diagnóstico, riscos e as possibilidades de cura de acordo com os diferentes tratamentos, de acordo com a situação específica do paciente. Desta forma, o profissional de medicina estará respeitando o direito à autonomia do paciente e seus atos médicos considerados lícitos.

A confiança é característica intrínseca e essencial da relação médico-paciente, devendo o profissional considerar o

paciente como um ser autônomo e merecedor de respeito, assim como o paciente se submete ao médico considerando sua formação técnica. Por esse motivo, deve o médico cumprir com o dever de informação do paciente para posteriormente obter seu consentimento, agindo assim em concordância com a Lei e o Código de Ética Médica.

Nos termos do CDC, embora não exista rito especial para a comunicação informativa e forma rígida para a anuência do paciente, recomenda-se a elaboração do consentimento expresso, de maneira a facilitar a produção da prova - caso seja preciso - de que o paciente consentiu com o procedimento em questão por vontade livre e esclarecida, a partir da devida informação prestada pelo médico.

Havendo meio de comprovação do consentimento informado, frequentemente utilizando-se do Termo de Consentimento Informado, o médico poderá ser eximido da responsabilidade civil, desde que provado que não agiu com culpa no cumprimento da obrigação principal, qual seja, o ato médico em si. Entretanto, ainda que tenha havido o consentimento adequado, ocorrendo o dano o médico pode ser responsabilizado.

Além do consentimento informado, excludente específica no campo da atuação médica, verificamos a existência de outras causas de afastamento da responsabilidade civil do médico, admitidas pela doutrina e jurisprudência dominante como tal, quais sejam, a força maior, caso fortuito e culpa exclusiva de terceiro ou da vítima.

Postuladas as considerações finais, importante mencionar que o presente estudo não teve a pretensão de esgotar o assunto, mas tão somente analisar e aprofundar um tema tão relevante na seara jurídica.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 718. pp. 33-53.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BERNARDES, Amanda. *A nova visão do termo de consentimento informado: a responsabilidade civil do médico por falha no dever de informar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37271/a-nova-visao-do-termo-de-consentimento-informado-a-responsabilidade-civil-do-medico-por-falha-no-dever-de-informar>>. Acesso em: 03 maio 2015.
- BRASIL. *Lei 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em: 05 maio 2015.
- BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 maio 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n.*

- 1.246/88. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=2940. Acesso em: 5 maio 2012.
- _____. *Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 02 maio 2015.
- CREMERS. Conselho Regional de Medicina do Estado do RS. *Código de Ética Médica*. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 25 abr. 2015.
- CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2009, v.12, n. 23. pp. 96-137.
- _____. Atos médicos – reflexões sobre suas responsabilidades. *Revista do IASP*. São Paulo, jan/jun 2010, v.13, n. 25. pp. 140-196.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. Campinas, SP,

- mar/abr. 2010, v. 60, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942010000200014&script=sci_arttext> Acesso em: 13 maio 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LOPEZ, Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2012.
- MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral nas ações de responsabilidade civil médica. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coords.) *Curso de Direito Médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais (São Paulo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2004, v. 93, n. 827.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MAIA, Maurílio Casas. O princípio da proteção da confiança na relação médico-paciente. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 21, v. 82, abr/jun 2012.

- MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 63, jul/set 2007.
- _____. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.
- PITHAN, Livia Haygert; FERNANDES, Carolina Fernández. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista HCPA*, 2007, v. 27, n. 2. pp. 78-52. Disponível em:
<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewArticle/2568>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- RAMOS, Jaime, Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Médica In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coords.). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006.

- ROSA, Paulo Jorge Ferreira. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23850>. Acesso em: 12 maio 2015.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2001.
- SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, maio 2013, v. 15, n. 5.
- SIMÕES, Luiz Carlos Séllos. *Consentimento informado: o desafio médico-jurídico de nossos dias*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-36162010000200015>. Acesso em: 03 maio 2012.
- SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. O consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. *Revista da ESMape*. Recife, jan/jun 2008, v. 13, n. 27.
- SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente*. Medidas preventivas à responsabilização pela falta de informação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/>>. Acesso em: 03 maio 2015.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 490*. Disponível em: <http://www.stf.org.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência. REsp 1307032/PR*, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUAR-

TA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.org.br>. Acesso em: 11 dez. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento nº 1.269.482*. Rio de Janeiro (2010/0012705-2) – Agravante: Estado do Rio de Janeiro, Agravado: João Maria Matos, Relator: Ministro Herman Benjamim, Julgado em 24/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.org.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TJ/RS. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70020459772*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015

_____. *Apelação Cível nº 70038099545*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/04/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70039318506*. Sexta Câmara Cível. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 26/02/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70040471146*. Sexta Câmara Cível. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 26/02/2015. Dispo-

nível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70042520502*. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70050352939*. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 31/10/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70050489533*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70053132858*. Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27/06/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70054021753*. Nona Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 31/01/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70055467765*. Nona Câmara Cível. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 13/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70055627871*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 23/10/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em:

19 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70056113137*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação cível nº 70056801855*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25/09/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70058338039*. Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70059330423*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 02/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70060998556*. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 10/12/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70061037941*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 02/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70061469219*. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 02/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em:

20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062235981*. Nona Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062243225*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível nº 70062467063*. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 27/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.

_____. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.