

A CULPA CONTRA A LEGALIDADE E O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Guilt against legality and the medical code of ethics

Patrícia Ribeiro Serra Vieira*
Ana Clara Oliveira de Sá**

Resumo: A Resolução n.º 2.217/2018, que instituiu o atual Código de Ética Médica, afastando-se de um viés mais protetivo em relação ao paciente, estabeleceu que a responsabilidade administrativa do médico é pessoal e subjetiva, vedando a aplicação da culpa presumida nos casos de transgressão às suas normas. No presente artigo, investiga-se a possibilidade de a responsabilização civil do médico por condutas lesivas causadas ao paciente, diante da inobservância de normas regulamentares, buscar seu fundamento na culpa contra a legalidade. Estabelecida essa premissa, analisar-se-á a natureza jurídica da responsabilidade civil em casos de culpa contra a legalidade — tratada pela doutrina e jurisprudência nacionais como hipótese de culpa presumida —, o arcabouço normativo a ela aplicado, bem como os consectários processuais relevantes, como questões atinentes à inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: responsabilidade civil; presunção de culpa; ética médica; profissional liberal.

Abstract: Resolution n.º 2.217/2018, which established the current Code of Medical Ethics, moving away from a more protective bias towards the patient, established that the doctor's administrative responsibility is personal and subjective, prohibiting the application of presumed guilt in cases of violation of its rules. In this article, we investigate the possibility of the doctor's civil liability for harmful conduct caused to the patient, due to non-compliance with regulatory standards, seeking its basis in guilt against legality. Having established this premise, the legal nature of civil liability in cases of guilt against legality will be analyzed — treated by national doctrine and jurisprudence as a hypothesis of presumed guilt —, the normative framework applied to it, as well as the relevant procedural consequences, as issues related to the reversal of the burden of proof.

Keywords: civil responsibility; presumption of guilt; medical ethics; liberal professional.

Submissão em:
19/10/2023
Aprovação em:
26/10/2023 e 27/10/2023

INTRODUÇÃO

A Resolução n.º 2.217/2018, modificada pelas Resoluções n.º 2.222/2018 e 2.226/2019, instituiu o atual Código de Ética Médica. Para incorporar as abordagens pertinentes às mudanças na

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

** Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso Círculo de Estudos na Internet (CEI).

contemporaneidade, foram levadas a cabo as propostas formuladas pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas entidades médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias.

Seu principal escopo é uma melhor adequação da normativa da atividade médica à Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88). Adequação essa possibilitadora de um melhor relacionamento do médico com o paciente, no intento de uma maior autonomia à sua vontade.

O texto do atual Código de Ética Médica expressa a sua composição de 26 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 11 normas diceológicas (éticas), 117 normas deontológicas (deveres impostos aos médicos¹) e quatro disposições gerais². A transgressão das normas deontológicas sujeitará, segundo o mesmo Código, os infratores às penas disciplinares nele previstas.

O Código Ético, agora em vigor, é reflexo das mudanças sociais, tecnológicas e empresariais³ que afetaram a relação médico-paciente ao longo dos tempos; visto que, por um lado, os médicos de família foram dando lugar aos médicos credenciados e/ou referenciados, em sua maioria, por planos de saúde. Contudo, denota-se, de outro lado, uma enorme resistência no sentido de que se dê aplicabilidade aos direitos humanos nestas relações⁴, para que sejam respeitados os direitos do paciente.

Como pontua Sílvio de Salvo Venosa, “nesta época a Medicina se socializa e se despersonaliza. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico paciente seja quase sempre exclusivamente profissional” (Venosa, 2010, p. 79). Evidenciando essa contradição, Miguel Kfoury Neto adverte que “ao enorme progresso da medicina não correspondeu análogo avanço do humanismo — e isso leva o homem atual a reclamar, constantemente, a necessidade de humanização da Ciência Médica” (Kfoury Neto, 2019, p. 37).

Ainda de acordo com o autor, “A relação entre o médico e o enfermo não mais se restringe às duas pessoas envolvidas na atividade curativa” (Kfoury Neto, 2019, p. 37). Pode-se afirmar que a relação médico-paciente perdeu, como regra, sua característica de obrigação personalíssima, visto ser

¹ Edmilson de Almeida Barros Júnior entende que o Código de Ética Médica representa “o que há de mais rigoroso no Brasil, no que se refere a códigos de ética profissional, pois vedam de forma objetiva praticamente tudo, transformando, quase sempre, qualquer conduta em dever e obrigação” (Barros Júnior, 2013, p. 208).

² Na redação do Código de Ética Médica de 2018, não foram feitas alterações significativas em relação à numeração dos artigos ou à estruturação do texto, quando se compara ao Código de 2009, em postura pragmatista de facilitação ao manuseio para os operadores já acostumados com o Código anterior.

³ Como exemplo da incorporação de abordagens próprias do mundo contemporâneo, destaca-se que o Código de Ética Médica de 2018 estabeleceu, de forma pioneira, em seu Artigo 37 (Capítulo V), os limites para o uso de redes sociais pelos médicos no exercício da profissão.

⁴ A professora Heloisa Helena Barboza já denunciara, com base na obra de Leonardo M. Martin, intitulada *Os direitos humanos nos Códigos Brasileiros de Ética Médica*, em pontuação ao Código de Ética Médica de 1988, que: “A alteração de entendimentos também se fez sentir na atuação médica, que não ficou imune às profundas modificações socioculturais e tecnológicas ocorridas no último século, indicando-se um conflito de pelo menos três paradigmas nos códigos brasileiros de ética médica: o tecnocientífico, o comercial-empresarial e o benigno-humanitário. [...] Essa mudança decorreu também da crescente interferência dos direitos humanos nas relações médico-paciente, especialmente no reconhecimento dos direitos do paciente, que acabaram assimilados pelo Código de Ética Médica de 1988” (Barboza, 2004, p. 43).

intermediada — na maior parte das vezes, como ensina a experiência — por planos e seguros de saúde, hospitais e até mesmo pelo próprio Estado. Raras são as situações nas quais há a contratação direta realizada pelo paciente que procura o profissional da medicina de sua confiança.

Ao apontar os desafios dessa relação médico-paciente quase sempre intermediada por terceiros, Miguel Kfoury Neto adverte:

Ora é o plano de saúde que veda a realização de determinado exame complementar – e o médico, para não se indispor, cede diante daquela interferência – e culmina por retardar a cura ou prescrever tratamento equivocado, ora é o hospital, a exigir a desinternação rápida, quando ainda seria conveniente a permanência do paciente por mais tempo internado; ora é o Estado, que despense recursos insuficientes para o custeio da saúde pública – e parece mostrar-se insensível diante dos dramas cotidianos das pessoas desassistidas. E as situações culminam por deteriorar vínculos – outrora fundados em recíproca fraternidade. Daí exsurge a insatisfação e a revolta – que evolui para as demandas judiciais, mesmo inexistente a culpa do médico, pelo mau resultado eventualmente verificado (Kfoury Neto, 2019, p. 38).

Diante dos desafios dos novos tempos, o atual Código de Ética Médica buscou trazer o senso humanitário e as contribuições da bioética com previsões específicas, dentre elas: 1. O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, sendo-lhe vedado utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade (Capítulo I, Princípio Fundamental VI); 2. Não pode exercer a medicina, em nenhuma circunstância ou forma, como atividade de comércio (Capítulo I, Princípio Fundamental IX); 3. O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência (Capítulo I, Princípio Fundamental XIX); 4. A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo (Capítulo I, Princípio Fundamental XX); 5. No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e com motivação científica (Capítulo I, Princípio Fundamental XXI).

Porém, quando da normatização da responsabilidade profissional, afastou-se do viés de maior proteção do paciente, já que a Resolução n.º 2.217/2018 delimitou a responsabilidade do médico como pessoal, eminentemente subjetiva, impedindo a aplicação da culpa presumida quando de transgressões àquele Código; normativa essa vigente desde seu antecessor, o Código de Ética Médica de 2009 (Resolução CFM n.º 1.931/2009).

Sabe-se, entretanto, que, no âmbito jurídico, toda e qualquer conduta lesiva que venha a importar em desobediência a uma norma regulamentar faz-nos caminhar para a seara da culpa contra a legalidade, sempre alocada, pela doutrina e jurisprudência nacionais, na ambiência da culpa

presumida. Esse alerta é necessário, visto que não se exclui certa elucubração jurídica acerca da culpa contra legalidade quando de realização, pelo médico, de conduta que lhe é vedada.

Como o Código de Ética Médica se restringe ao campo da responsabilidade administrativa, não se fará prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e as correntes doutrinária e jurisprudencial recorrentes na matéria relatada neste artigo. O que se conclui é que a vítima, na seara administrativa, na perseguição da responsabilidade ética, terá de envidar esforços à prova do ato culposo do médico que lhe causou dano. Ou seja: no âmbito civil, tem-se a aplicabilidade da lei protetiva das relações consumeristas e a aplicação da culpa presumida no que couber.

1 A NATUREZA JURÍDICA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SEU PODER NORMATIVO: UM ANÚNCIO ÀS PRÁTICAS MÉDICAS CONTRA A LEGALIDADE

O Conselho Federal de Medicina (CFM), autor do Código de Ética Médica em vigor, é órgão delegado do Poder Público para tratar de questões atinentes à saúde pública e às atividades desenvolvidas pelos profissionais médicos, sendo-lhe atribuído, pela própria Constituição da República Federativa Brasileira⁵, como Conselho fiscal, poder regulamentar e fiscalizatório.

Sendo assim, tem-se assentado que os Conselhos fiscais de profissões regulamentadas são criados por lei federal, na preservação, em sua grande maioria, da sua autonomia administrativa e financeira, bem como dos princípios da ética e da disciplina da categoria laborativa a que se destinam. Ora são constituídos como entes dotados de personalidade jurídica de direito público, ora, mais diretamente, se apresentam como autarquias federais, “pois exercem atividade que, em princípio, seria do Estado” (Cavaliere Filho, 2020, p. 237). Nesse sentido, alerta Ronaldo Pinheiro de Queiroz⁶ que:

⁵ O artigo 21, inciso XXIV, da CRFB, determina que compete à União Federal organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, atividade típica de Estado que foi objeto de descentralização administrativa, colocando-a no âmbito da Administração Indireta, a ser executada por autarquia, pessoa jurídica de direito público criada para esse fim (Brasil, 1988).

⁶ Ronaldo Queiroz, em memória às discussões recorrentes no Judiciário Brasileiro, destaca: “Essa lei, contudo, foi impugnada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717-6/DF, ajuizada em conjunto pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B –, pelo Partido dos Trabalhadores – PT – e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. Em sede de cautelar, no dia 22 de setembro de 1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, suspendeu a eficácia dos dispositivos impugnados da Lei 9.649/98 (os dispositivos impugnados da Lei 9.649/98 foram o art. 58, caput e os parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º. À exceção do § 3º, considerado prejudicado em face da modificação do texto original da constituição pela Emenda Constitucional n. 19/98, todos os demais foram suspensos). No dia 07 de novembro de 2002, o mérito da ADIN 1.717-6/DF foi julgado, tendo como Relator o Ilustre Ministro Sydney Sanches, que transcreveu, na fundamentação do seu voto, trecho por ele averbado em sede de cautelar, quando disse que: ‘... não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.’ Importante salientar, por oportuno, que antes mesmo do julgamento da referida ADIN, o Supremo Tribunal Federal já tinha enfrentado o tema no Mandado de Segurança n.º 22.643-9-SC, Relator Ministro Moreira Alves, por votação unânime, em que se decidiu que: ‘(...) – Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União

Várias são as naturezas jurídicas apontadas para os conselhos de fiscalização, como autarquias de natureza especificamente corporativa, autarquias especiais, autarquias *sui generis*, entidades paraestatais ou até mesmo entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado. A natureza privatística dos conselhos profissionais ganhou força com a edição da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, na qual se previu que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa (Queiroz, 2006).

Entender-se pelo enquadramento do Conselho Profissional como autarquia especial em nada compromete a sua natureza de pessoa jurídica com poder delegado, que deve subserviência, apesar de sua autonomia administrativa e financeira, aos princípios da Administração Pública. Contudo, o entendimento não está pacificado na doutrina nacional:

Há quem defenda, contudo, que os conselhos não seriam autarquias por ausência de supervisão ministerial a consubstanciar a tutela ou controle administrativo dos entes descentralizados pelo ente central. Acontece que a supervisão ministerial não constitui fator essencial para caracterizar um ente como autarquia. Ora, nos casos de descentralização administrativa, a regra é a autonomia dos entes descentralizados e a exceção é o controle destes últimos pela administração central, somente quando previstos em lei e nos estreitos limites desta. A supervisão ministerial está prevista no art. 19 do Decreto-lei 200/67. Como esse controle é uma exceção e está previsto em lei, nada obsta que lei posterior que crie um ente descentralizado deixe de prever tal controle, sem que com isso exclua esse ente da administração indireta ou desfigure sua natureza (Queiroz, 2006).

A despeito da divergência acerca da natureza jurídica dos Conselhos Profissionais enquanto gênero, é certo que o art. 1º da Lei n.º 3.268/57, ao instituir o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, consagrou sua natureza jurídica de autarquia, pessoa jurídica de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira.

Conforme ensina Sergio Cavaliere Filho, os Conselhos de Medicina, além de supervisionarem a ética profissional em toda a República, desempenham função julgadora e disciplinadora da classe médica, “cabendo-lhes zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente” (Cavaliere

por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.’ Cabe destacar trecho do voto condutor do Relator, na passagem onde diz que: ‘Esses Conselhos – o Federal e os Regionais – foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a Lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia, quando, em realidade, pelas características que ela lhes dá, cada um deles é uma autarquia distinta’. Antes disso, o antigo Tribunal Federal de Recursos (TRF) havia reconhecido a natureza jurídica de autarquia federal com relação ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais de Brasília (Ministro Moacir Catunda, AI 40.892-DF, AI 40.907-DF, DJU 03.09.1980). O Superior Tribunal de Justiça, ratificando o posicionamento do TRF, editou a Súmula 66, dizendo que ‘Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional, no entendimento de que, sendo autarquias federais, as ações em que são autores ficam afetas à Justiça Federal.’ Ora, o desfecho do tema não poderia ser diferente, pois basta um simples cotejo com o Decreto-Lei n.º 200/67, Estatuto da Reforma Administrativa Federal, no seu art. 5º, para verificarmos que os conselhos de fiscalização das profissões liberais se enquadram perfeitamente na forma de autarquias (Queiroz, 2006).

Filho, 2020, p. 238). A função disciplinadora é materializada, em suma, no Código de Ética Médica, aprovado por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.º 2.217/2018, que irá regular o modo de proceder do médico em sua atuação profissional⁷.

O exercício da medicina está sujeito a limitações legais e regulamentares, que devem ser observadas pelos médicos em sua atuação profissional⁸ e, conseqüentemente, também pelos juízes quando do julgamento de uma lide envolvendo suposta má prática médica, para avaliar se a conduta daquele profissional observou os limites normativos ou se a inobservância dessas normas configurou hipótese de culpa contra a legalidade. No entanto, é preciso ressaltar que o dano ao paciente pode existir mesmo quando comprovado o agir médico em conformidade com as normas técnicas da profissão, devendo-se investigar se o profissional agiu com culpa, que, neste caso, deverá ser provada, não presumida. A propósito:

O médico deve proceder em conformidade com as normas e as técnicas da profissão, mas não se compromete a curar. Não é qualquer mau resultado que constituirá fato ensejador da responsabilidade civil do médico. Apenas eventos lesivos que decorrem da culpa profissional impõem a obrigação de indenizar. [...] **Se o diagnóstico ou o tratamento foram realizados com base em critérios técnicos, de forma diligente, considerando o conhecimento científico da época em que o serviço foi prestado, não existe culpa do profissional** (André, 2020, p. 11, grifo nosso).

As resoluções representam, assim, limitações que “possuem certo aspecto de legalidade e inclusive amparo legal e que regulam a atividade médica” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 3), interferindo diretamente na autonomia do médico. É o caso dos deveres profissionais, que devem ser observados pelos médicos em sua atuação profissional, e que vêm consagrados no Código de Ética Médica⁹. Muito embora a codificação não vincule as decisões judiciais, pode auxiliar na interpretação e na aplicação das normas jurídicas quando da apuração da responsabilidade civil médica, especialmente nos casos de culpa contra a legalidade.

⁷ “No exercício da profissão médica, o relacionamento médico-paciente pode ser entendido como uma relação jurídica e, deste modo, sujeita-se às suas regulamentações e limitações legais. O médico, enquanto profissional, deve se sujeitar às normativas éticas discutidas e elaboradas pelo seu conselho de classe profissional, bem como atender às regulações impostas pelo poder do Estado enquanto regulador, fiscalizador e controlador das atividades de saúde” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 1).

⁸ “Um Código de Ética Médica trata da ética codificada, contém dispositivos específicos para cada situação da prática profissional médica, principalmente quanto ao relacionamento com pacientes, com a sociedade e com os próprios colegas” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 1).

⁹ A relação médico-paciente é uma relação de direito privado regulada pelo Código Civil Brasileiro. “Neste sentido, configura-se o não absolutismo na autonomia da vontade do indivíduo, pois, há situações em que faz-se [sic] necessária a atuação ou proibitória do Estado sobre as vontades individuais e particulares, justamente para manter a ordem social e a manutenção das relações humanas e jurídicas no Estado” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 10-11).

2 CULPA PRESUMIDA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Pela sistemática geral da responsabilidade civil, o médico, que deve guiar sua atuação profissional em conformidade com as normas e as técnicas da profissão, não se compromete a curar, assumindo, em regra, obrigação de meio em uma relação médico-paciente contratual¹⁰ e de consumo¹¹. Nos termos do art. 186, 927, *caput* e 951 do Código Civil de 2002 (CC/02), bem como do art. 14, § 2º do CDC, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, cujo fundamento, que deve ser demonstrado durante a instrução processual, é a prática culposa, em uma de suas espécies — imprudência, imperícia ou negligência.

Como “a prova da culpa, em muitos casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado” (Cavaliere Filho, 2020, p. 51), a jurisprudência tem examinado a prova da culpa com tolerância. Com isso, a regra geral que determina que cabe à vítima provar a culpa do médico, para a caracterização de sua responsabilização pelo resultado danoso, é excepcionada por diversos fundamentos.

Sem a pretensão de exaurir a temática, destacam-se alguns desses fundamentos: (i) inversão judicial do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC¹²; (ii) distribuição dinâmica do ônus da

¹⁰ Há certa divergência na doutrina acerca da classificação da relação médico-paciente como contratual ou extracontratual, especialmente para fins de enquadramento da responsabilidade correspondente. “Contudo, no caso dos profissionais liberais e, especificamente, do médico, a discussão sobre a responsabilidade contratual ou aquiliana surte pouco ou nenhum efeito prático, já que aplicação do Código de Defesa do Consumidor (a qual, ainda que criticável [para parte da doutrina], encontra-se consolidada em nossa jurisprudência para os casos de responsabilidade médica) funciona por mecanismos totalmente independentes dessa dicotomia [...]” (Souza, 2012, p. 43). Além disso, “observe-se que inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer situação, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é dentro de seus limites que será apurado o inadimplemento total (isto é, o descumprimento), ou o inadimplemento parcial (a mora). Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinada inerente à profissão e independe da existência de contrato” (Venosa, 2010, p. 83). “A prova da culpa, pelo sistema tradicional do Código Civil, assim como o nexo causal entre a conduta e o dano, incumbem à vítima, ao paciente e seus herdeiros, tanto na relação contratual como na relação extracontratual. Sempre será menos custosa a prova da culpa quando existe contrato, quando se examina o inadimplemento” (Venosa, 2010, p. 91).

¹¹ Doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a relação médico-paciente amolda-se no conceito de relação de consumo. Muito embora o próprio Código de Defesa do Consumidor excepcione a responsabilidade médica da regra geral objetiva, em seu art. 14, § 4º, é certo que “não se excepciona a aplicação dos demais princípios do Código com relação a esta categoria, como por exemplo a inversão do ônus da prova, a proteção contratual etc.” (Arruda, 1995, p. 139 *apud* Venosa, 2010, p. 94). Doutrina minoritária, a seu turno, entende que, quando o legislador consumerista dispôs que a responsabilidade pessoal do profissional liberal será subjetiva, o que fez foi excluir a responsabilidade de médicos e outros profissionais liberais do âmbito da legislação consumerista como um todo (Kfoury Neto, 2019, p. 64). Além disso, vale frisar que dentre os expoentes desta corrente doutrinária, destaca-se o posicionamento de Kfoury Neto (2019).

¹² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;” (Brasil, 1990). Segundo Sergio Cavaliere Filho, o “médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos do seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor” (Cavaliere Filho, 2020, p. 422). Ressalta-se exemplo de aplicação do dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): “No que pertine à alegação de que sendo a responsabilidade do médico ‘albergada

prova com base no parágrafos do art. 373 do Código de Processo Civil (CPC/15)¹³; (iii) inversão automática do ônus da prova nas obrigações de resultado (criação doutrinária e jurisprudencial¹⁴), nos casos em que o profissional médico se compromete contratualmente a alcançar um resultado específico¹⁵; (iv) culpa profissional evidenciada no próprio fato (teoria da *res ipsa loquitur*), como no caso de objetos esquecidos dentro do corpo do paciente durante o procedimento cirúrgico¹⁶ e (v) culpa contra a legalidade, quando há inobservância de normas legais e regulamentares técnicas, objeto de aprofundamento no presente artigo.

pela teoria subjetiva' não pode ser aplicada a inversão do ônus da prova, melhor sorte não assiste ao recorrente. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, § 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis, adotando as cautelas devidas. [...] A inversão do ônus da prova não implica a procedência do pedido; significa apenas que o juízo de origem, em face dos elementos de prova já trazidos aos autos e da situação das partes, considerou presentes os requisitos do art. 6º do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), requisitos estes insusceptíveis de revisão na via do recurso especial, cometendo ao médico o ônus de demonstrar que exerceu sua profissão dentro dos protocolos técnicos aplicáveis. A atribuição deste ônus deverá ser levada em consideração, na análise do conjunto probatório, ao final da instrução, sendo o médico responsabilizado apenas se demonstrada a sua culpa, ao contrário do que ocorreria caso se cuidasse de responsabilidade objetiva, em que bastaria a comprovação do nexo de causalidade. Assim, evidenciado o nexo, mas comprovado pelo médico que agiu sem culpa, de acordo com as normas técnicas aplicáveis, não haverá imposição a ele de responsabilidade civil pelo evento” (Brasil, 2011).

¹³ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.” (Brasil, 2015).

¹⁴ Dentre os precedentes encontrados na jurisprudência neste sentido, destaca-se o REsp n.º 1.395.254/SC (2013/0132242-9). Dentre os precedentes encontrados na jurisprudência neste sentido, destaca-se o REsp n.º 1.395.254/SC (2013/0132242-9).

¹⁵ “Como nesse caso a atuação médica decorre na maioria das vezes de circunstâncias nas quais o paciente não sofre de moléstia alguma e a finalidade buscada é somente obter um resultado favorável do ponto de vista estético, a responsabilidade é tratada pela doutrina e pela jurisprudência de forma mais severa. Leva-se em conta que nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado feliz pelo cirurgião, certamente não haveria o consentimento do paciente no tratamento ou na operação” (Venosa, 2010, p. 90).

¹⁶ Existem célebres casos na medicina nos quais a culpa resulta às escâncaras do próprio fato como o esquecimento de objetos cirúrgicos dentro do corpo do paciente após procedimento cirúrgico ou a amputação de uma perna quando o problema estaria na outra. Em casos como esses fica flagrante que normas técnicas relativas à boa prática médica foram violadas, sendo desproporcional exigir do paciente que demonstre, em tais circunstâncias, a existência da culpa do profissional médico. Conforme ensina Ebert Chamoun, a culpa *in re ipsa* “deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso, de tal modo que basta a prova desse fato para que *ipso facto* fique demonstrada a culpa, à guisa de uma presunção natural [...]”. (Cavaliere Filho, 2020, p. 52). Em “tais casos apresentam uma peculiaridade: neles, a prova do fato implica, por sua própria natureza, a prova do dano e a prova da culpa, de tal modo que não se trata de suposta inversão do ônus probatório sobre a culpa decorrente de presunção legal, mas sim de uma prova polivalente, capaz de demonstrar, sozinha, mais de um requisito da responsabilidade civil, por força das próprias regras de experiência” (Souza, 2012, p. 37). Pode-se afirmar, assim, que a prova do fato do esquecimento de instrumento cirúrgico no interior do corpo da vítima evidenciaria, ao mesmo tempo, o dano e o fundamento da responsabilidade civil subjetiva, a culpa do médico, em sua espécie negligência. O mesmo não se pode dizer em relação à culpa contra a legalidade. Nesses casos, a prova da inobservância da regra técnica prevista em lei ou em regulamento, por si só, não comprova o dano sofrido e a negligência do médico. Nesses casos, o paciente deve comprovar o dano, porém há uma presunção relativa da culpa e caberá ao médico demonstrar uma das causas excludentes de responsabilidade civil ou que, mesmo observando a norma técnica alegada no caso, o resultado danoso adviria de igual forma.

Visando conferir uma apresentação sistemática (embora não exauriente) da matéria, destaca-se, ainda, a existência da inversão automática do ônus da prova, consagrada na legislação consumerista quando diante de responsabilidade por fato do serviço, inaplicável, porém, para presumir a culpa do médico como profissional liberal.¹⁷

Há muito debate doutrinário e jurisprudencial acerca dos efeitos práticos da inversão do ônus da prova e, comumente, de forma equivocada, chega-se a afirmar que nesses casos a responsabilidade tornar-se-ia objetiva. É certo, porém, que o fato da culpa ser presumida nesses casos não torna a responsabilidade objetiva, não é alterado seu fundamento, ela permanece subjetiva. As presunções (relativas) de culpa, legalmente previstas, apenas invertem o ônus da prova, a considerar a dificuldade da vítima em produzir a prova da culpa nesses casos específicos.

Dessa forma, quando as circunstâncias do caso indicarem, afasta-se do sistema clássico de responsabilidade civil subjetiva, no qual cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, invertendo-se o ônus da prova. Caberá, então, ao réu demonstrar que não agiu com culpa, comprovando a presença de uma das causas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Reforçando a não alteração do fundamento da responsabilidade civil nesses casos, Sergio Cavalieri Filho afirma que a diferença entre a culpa presumida e a culpa provada “reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova” (Cavalieri Filho, 2020, p. 52). Digno de nota que parte da doutrina não comunga do entendimento de que a questão da inversão do ônus da prova seria meramente processual, como defendido por Cavalieri Filho.

É possível afirmar que as normas relativas à prova não pertencem **exclusivamente** ao direito processual, o diálogo com o direito material é evidente. As classificações a respeito da responsabilidade civil contratual ou extracontratual e das obrigações de meio e de resultado ilustram essa zona de intercessão, carregam consigo questões afeitas à problemática do ônus da prova, mesmo sendo clássicas divisões do direito material. Com a inversão do ônus da prova não há a alteração do fundamento da responsabilidade civil do médico, que continua sendo a culpa (questão de direito material), porém, os efeitos práticos são significativamente sentidos ao se afastar da regra geral civilista, aproximando-se da responsabilidade objetiva, sem nela converter-se¹⁸.

¹⁷ O Código de Defesa do Consumidor consagra dois sistemas de inversão do ônus da prova. O primeiro sistema é o da inversão do ônus da prova *ope iudicis*, regra de instrução processual, de modo que a jurisprudência entende que o momento adequado para sua realização é o saneamento do processo, no qual deverá o juiz esmiuçar, dentre outras questões, os pontos ainda controvertidos e a quem incumbe o ônus de prová-los. O segundo sistema é o da inversão legal do ônus da prova que, por decorrer de expressa previsão legal, é considerado pela jurisprudência como regra de julgamento, já que não haveria que se falar em surpresa das partes (Cavalieri Filho, 2020, p. 417).

¹⁸ Eduardo Nunes de Souza é crítico dessa aproximação entre responsabilidade subjetiva e objetiva, promovida por meio das inúmeras hipóteses de culpa presumida existentes no ordenamento jurídico brasileiro na temática da responsabilidade civil médica. “E, realmente, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa. No entanto, e muito embora a doutrina amplamente majoritária continue afirmando a natureza subjetiva dessa responsabilidade, assiste-se atualmente à sua progressiva aproximação da responsabilidade objetiva, com um

3 A MARCA DA CULPA CONTRA A LEGALIDADE

A culpa contra a legalidade implica em transgressão à norma regulamentar, sendo que o dano dela derivado fala por si à imputação de responsabilidade civil, ou seja, pretende ter o condão de gerar o dever do ofensor de indenizar a pessoa vitimada. Esta facilitação decorrente de casos em que se denota a culpa derivada do descumprimento de norma regulamentar se baseia justamente na desnecessidade já concebida, diante do fato em concreto, de se gerar um ônus excessivo à vítima para a obtenção de provas substanciais à comprovação de que o ato do médico ofensor é culposo (obrigação de indenizar originada do mero descumprimento do dever genérico de diligência). Portanto, “fala-se em culpa contra a legalidade quando o dever violado resulta de texto expresso em lei ou regulamento” (Cavaliere Filho, 2020, p. 52).

A culpa contra a legalidade pode ser assim caracterizada: há um dever jurídico ou ético imposto por lei ou regulamento, esse dever foi descumprido pelo profissional médico, a violação desse dever resultou em um dano ao paciente, provado o nexo causal entre o dano e o descumprimento da norma regulamentar. Com isso, caracterizada está a responsabilidade do médico, sendo desnecessária a investigação de sua conduta para aferição da culpa.

Importante salientar, porém, que a presunção da culpa, nesses casos, não desonera o autor da ação do ônus de provar, quanto ao fato constitutivo de seu direito, os demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do médico, o dano experimentado e o nexo de causalidade. Em relação a este último pressuposto, é imperiosa a comprovação de que o descumprimento da norma regulamentar é idônea à produção do resultado, caso contrário, não há que se falar em nexo de causalidade. A infração da norma regulamentar precisa ser o fator determinante da produção do resultado, pois apenas assim estará cristalino o nexo de causalidade, sob pena de não poder ser imputado o resultado danoso ao agente descumpridor da norma.

Isto quer dizer que se presume a culpa do ofensor em casos de culpa contra legalidade, porque a situação fática torna límpida a responsabilidade do ofensor, pelo descumprimento da norma (o que se instituiu chamar culpa *in re ipsa*). A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp n.º 1749954-RO, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/2/19, entendeu que:

Em ação destinada a apurar a responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito, presume-se culpado o condutor de veículo automotor que se encontra em estado de

evidente desprestígio do papel da culpa como requisito do dever de indenizar do médico. Trata-se de tendência vinculada, via de regra, a uma concepção que associa a prescindibilidade da prova da culpa a uma proteção mais eficaz do paciente – mas que não pode, de todo modo, ignorar expressa disposição legal (tanto do art. 951 do Código Civil quanto do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se verá adiante) a determinar o caráter subjetivo do dever de indenizar do médico” (Souza, 2012, p. 34).

Não provada a culpa do réu, o pedido indenizatório deverá ser, necessariamente, pela regra geral, julgado improcedente. Mesma solução deverá ser adotada, a despeito da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil pelo autor, caso o réu comprove uma das causas excludentes dessa responsabilidade, já que lhe incumbe o ônus de provar a existência do fato extintivo do direito do autor por ele alegado, nos termos do inciso II do supramencionado dispositivo¹⁹.

A teoria da culpa contra a legalidade é uma construção jurisprudencial que decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Ora, se existem normas regulamentares e legais impondo condutas a indivíduos, essas normas objetivam alcançar determinados resultados, como, por exemplo, a segurança viária. O descumprimento dessas normas, já que impede a consecução dos objetivos almejados pelo legislador, gera a presunção de que aquele que violou a norma deu causa ao resultado não querido pelo ordenamento jurídico.

A interpretação teleológica pressupõe que as normas são editadas com um escopo definido pelo legislador. Não é a inobservância de toda e qualquer norma regulamentar que repercutirá na responsabilização civil do infrator, caracterizando a presunção de sua culpa. Apenas haverá repercussão quando, da análise do caso concreto, verificar-se que o comportamento objetivamente representa a violação do bem jurídico que buscava ser protegido pela norma.

Pode-se, assim, afirmar que não é qualquer violação a qualquer norma objetiva de cuidado regulamentar que irá gerar a responsabilização civil por culpa presumida. É necessário investigar qual o fim de proteção da norma. Se aquela norma de proteção violada no caso concreto não impediria a produção do resultado, esse resultado não pode ser objetivamente imputado a quem a descumpriu. Como a medicina é atividade que, por si só, envolve riscos, a ética médica ganha significativo relevo na relação médico-paciente, diminuindo a ocorrência de resultados danosos.²⁰

¹⁹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]” (Brasil, 2015).

²⁰ Faz-se necessário ressaltar, porém, como pontua Wilson Melo da Silva, que “[...] aqueles que atuam de conformidade com os Regulamentos, continuam, no entanto, responsáveis por todos os outros danos que poderiam ou deveriam prevenir, fora dos mesmos” (Silva, 1973, p. 11). A responsabilidade pelos danos, nos casos em que não houve a transgressão de qualquer disposição regulamentária, mas que decorreram de desatenção, descuido ou desleixo, será apurada segundo a regra geral da responsabilidade subjetiva. Exige-se do médico, além da observância das normas regulamentárias, a atuação de maneira atenta e prudente. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, haverá a responsabilização do médico, o que diferencia é a necessidade ou não de comprovação da culpa, já que havendo inobservância das normas regulamentares a culpa será presumida.

4 A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE RELATO

A responsabilidade civil médica é tema dinâmico que envolve ainda, sobretudo no campo doutrinário, fervorosos debates acerca da melhor forma de se tratar a responsabilidade de um profissional liberal²¹ que desempenha, se não a mais relevante, uma das mais importantes atividades laborativas, figurando a pessoa humana como principal²².

Por isso, esse estudo fica restrito à relação médico-paciente, como integrante de um contrato *sui generis*²³, ou melhor, especialíssimo, ao ponto de alguns estudiosos do Direito entenderem que a prestação de serviço médico deve estar fora da sistematização afeita ao Código de Defesa do Consumidor²⁴.

A responsabilidade do médico, quando caracterizada uma transgressão à integridade psicofísica de paciente seu, na qualidade de profissional liberal, costumeiramente, é direta, contratual, de natureza subjetiva (baseada, em geral, no ato culposo do médico) e envolve duas modalidades obrigacionais: a obrigação de meios (como regra) e a obrigação de resultado (como exceção) (Lopes,

²¹ Além disso, destaca-se que a própria classificação do médico como profissional liberal é controvertida. “Pois, apesar do profissional exercer o monopólio da técnica, a profissão médica não pode ser considerada liberal num todo. O médico tem a autonomia no tratamento, entretanto deve seguir convenções que guiem a sua atuação sob risco de transcender limites éticos, além de legais” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 3).

²² Jorge Bustamante Alsina, especialista argentino na matéria Responsabilidade civil, também anuncia: “*El tema de la responsabilidad profesional de los médicos tiene cada vez un auge mayor y los repertorios de jurisprudência exhiben permanentemente sentencias condenatorias de quienes han sido demandados por daños y perjuicios, a causa de los efectos de las malas prácticas médicas en intervenciones quirúrgicas, diagnósticos, tratamientos clínicos, prescripción de medicamentos, estudios prequirúrgicos y prácticas de prevención de enfermedades*” (Alsina, 1995, p. 253).

²³ Para Silvio Venosa, falar que o contrato que estabelece a relação médico-paciente é *sui generis* nada esclarece. Importa saber apenas que o contrato será bilateral, oneroso e comutativo, estabelecendo, como regra, uma obrigação de meio. Assim, quando a iniciativa do médico é unilateral, decorrendo do seu dever de prestar assistência humanitária àquele que dela necessita, tem-se uma relação extracontratual, de modo que a responsabilidade médica emergirá da conduta do médico e não do contrato. O autor destaca que a responsabilidade do médico pode ser até mesmo de natureza estatutária, quando o profissional contratado por hospital público causa dano ao paciente. Neste caso, a responsabilidade do hospital seria objetiva com base no art. 37, § 6º, da CRFB, e o Estado terá direito de regresso em face do médico caso fique configurada sua responsabilidade subjetiva (Venosa, 2010, p. 84). “O sistema protetivo do consumidor supera essa aparente diferença entre responsabilidade contratual e aquiliana, isto porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação de consumo contratual ou não” (Venosa, 2010, p. 86).

²⁴ Deve-se ressaltar que, apesar de preponderar corrente jurídica no sentido da responsabilidade subjetiva do médico, se vê como posicionamento dominante a aplicabilidade do artigo 951 do Código Civil Brasileiro vigente, que dispõe sobre a responsabilidade por prática culposa pelos profissionais de saúde, conjugado com o Código de Defesa do Consumidor, que, apesar de retirar do campo da responsabilidade, pelo risco do serviço desenvolvido, os atos dos profissionais liberais, deixa todo restante do texto da Lei consumerista, no que não for incompatível com o seu artigo 14, § 4º (apuração da responsabilidade do médico pelo seu ato culposo), à possível aplicação pelo Magistrado, quando da resolução de um caso concreto que envolva dano pela prática da Medicina. É o que se demonstra: “Responsabilidade subjetiva do médico: Os médicos são profissionais liberais e, por isso, se submetem, no que tange à responsabilidade civil, aos arts. 951, do novo CC, e 14, § 4º, da Lei 8.078/90, que exigem a prova da culpa como sucedâneo de dever de reparar os danos impostos por condutas negligentes, imprudentes e inábeis. O dever de indenizar, para esse segmento, não decorre do risco da atividade que exercem. Estão, pois, em princípio, livres da teoria do risco profissional e da responsabilidade objetiva” (Zuliani, 2003, p. 48 *apud* Oliveira, 2009, p. 675).

1995, p. 231)²⁵. Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência nacionais, diante do caso em análise concretamente, buscam o seu enquadramento em uma das duas modalidades, tal como se verifica:

Na responsabilidade contratual, em que existem obrigações preestabelecidas entre as partes, deve-se avaliar se as obrigações da parte contratada são de resultado ou de meio, em face das relevantes conseqüências que tal distinção acarreta na apuração da responsabilidade. Nas obrigações de resultado, o devedor se obriga a alcançar uma finalidade. Nas obrigações de meio, o devedor se obriga a empregar os meios a seu alcance para a consecução de um objetivo. Claro está que nas obrigações de resultado, o alcance da finalidade do contrato depende exclusivamente do prestador dos serviços. Já nas obrigações de meio, o fim buscado depende não só do prestador de serviços, mas também das condições do contratante (Silva, 2007, p. 14-15).

Conforme lição de Miguel Kfoury Neto, afirmar que, na maior parte dos casos, a obrigação do médico será “de meio” significa considerá-la como uma obrigação aleatória. Ou seja, obrigação que “[...] depende de acontecimentos incertos, que escapam à previsão, mesmo do médico mais experiente e preparado. Assim, nem o médico pode prometer a cura, tampouco o paciente pode esperar, com certeza absoluta, resultado satisfatório” (Kfoury Neto, 2019, p. 53).

A obrigação de meio é ínsita ao dever do médico de prestar a devida assistência ao seu paciente, que nutre, da relação com ele estabelecida, uma legítima expectativa de se ver tratado adequadamente, visando à recuperação da sua saúde e/ou melhoria do estado psicofísico.

Caso contrário, ficará, da execução do contrato, evidenciada a culpa médica. Desta situação lesiva, de um lado, caberá, porém, ao paciente (vítima) a prova dos fatos que alega como fundamento da sua pretensão jurídica. Ao médico, de outro lado, caberá, na condição de devedor demandado, demonstrar os fatos impeditivos ou inibidores desta pretensão.

No Brasil, há corrente doutrinária e jurisprudencial alternando aquele estado de coisas (*status processual*), visto que a situação jurídica fica alterada quando se vê criada uma presunção em desfavor do médico, pela inversão do ônus da prova, quando ele assume um resultado vitorioso, diante do desempenho de atividade profissional que, pela sua especialidade, implica na produção de um resultado certo e buscado pelo paciente. A obrigação médica será de resultado no célebre caso da cirurgia estética embelezadora e nos procedimentos técnicos como exames clínicos. A propósito, pontua-se precedente do Ministro Luis Felipe Salomão, objeto do Informativo de n.º 491 do STJ:

²⁵ Serpa Lopes chega a nos dissuadir da falta de importância em se buscar o enquadramento da responsabilidade do médico como contratual ou extracontratual, pois, para ele, “de qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, pouco importa que se trate de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma infringência dessas obrigações [...] Assim, portanto, se o médico chamado determina, desde logo, o nascimento do vínculo contratual com o seu atendimento, quer diretamente com o enfermo, quer com a pessoa que o chamou em benefício do doente, por outro lado, considera-se delitual a ação assegurada aos membros da família estranhos à formação do contrato e que porventura vieram a sofrer prejuízos com a morte do parente” (Lopes, 1995, p. 264-265).

Nos procedimentos cirúrgicos estéticos, a responsabilidade do médico é subjetiva com presunção de culpa. Esse é o entendimento da Turma que, ao não conhecer do apelo especial, manteve a condenação do recorrente – médico – pelos danos morais causados ao paciente. Inicialmente, destacou-se a vasta jurisprudência desta Corte no sentido de que é de resultado a obrigação nas cirurgias estéticas, comprometendo-se o profissional com o efeito embelezador prometido. Em seguida, sustentou-se que, conquanto a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico permanece subjetiva, com inversão do ônus da prova, cabendo-lhe comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. Vale dizer, a presunção de culpa do cirurgião por insucesso na cirurgia plástica pode ser afastada mediante prova contundente de ocorrência de fator imponderável, apto a eximi-lo do dever de indenizar. Considerou-se, ainda, que, apesar de não estarem expressamente previstos no CDC o caso fortuito e a força maior, eles podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços. No caso, o tribunal a quo, amparado nos elementos fático-probatórios contidos nos autos, concluiu que o paciente não foi advertido dos riscos da cirurgia e também o médico não logrou êxito em provar a ocorrência do fortuito. Assim, rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal ante a incidência da Súm. n. 7/STJ. **REsp n.º 985.888-SP, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012** (Brasil, 2012).

Deve-se, portanto, ter em conta que este é um regime de exceção protetivo da vítima, na criação de um benefício processual. E mais, todo este regime não tem sua memória calcada em Lei, mas sim em construção jurisprudencial (Fulgêncio, 1958, p. 80).²⁶ Ou seja, foi firmada jurisprudência para que, nos casos de obrigação de resultado, se inverta o *onus probandi* (o encargo de produzir prova pelo médico visando à exclusão de sua responsabilidade, na simples dicção do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro)²⁷.

²⁶ Como a responsabilidade civil, ainda na década de 1960, era instituto ínsito ao Direito das Obrigações, ainda não detentora de autonomia e/ou independência disciplinar, o civilista em referência já alertava que “a presunção, segundo uns, deve existir no momento da realização do dano, por ser o em que o credor deveria ter a coisa em mãos, dela dispor ou tirar partido; segundo outros, o texto se coloca no momento em que estatui sobre o dano, isto é, do julgamento; segundo outros, deve se considerar o momento em que, conforme as previsões existentes no dia do dano, os lucros se deveriam realizar. [...] A verdade é que, no fundo, tudo se reduz a deixar campo à prudência do juiz, iluminada pela experiência cotidiana e pela face segura da jurisprudência (Giorgi)” (Fulgêncio, 1958, p. 80).

²⁷ Cf. Recurso Especial de n.º 236708/MG, 1999/0099099-4, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Câmara, data do julgamento: 10/02/2009, publicação DJ de 18/05/2009, Ementa: Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração. Não configurada. **Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado.** Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética; 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento.

ASPECTOS CONCLUSIVOS

Constatada a ocorrência da má prática médica (ou erro médico), geradora de um dano ao paciente, pode haver a responsabilização do médico nas três esferas: civil, criminal e ética, exigíveis de forma autônoma e independente entre si. Em âmbito civil, a responsabilidade do médico decorre do descumprimento de todas as obrigações de natureza não penal causadoras de dano (material, moral, estético, à imagem e perda de uma chance, por exemplo) ao paciente, desde que estabelecido o nexo de causalidade e a culpa (provada ou presumida).

Nas três esferas de responsabilização existem diversos dispositivos normativos regulatórios da prática médica, salvaguardando os direitos do paciente. As peculiaridades do caso concreto devem ser observadas pelo juiz para aferir, em especial, se a violação à norma regulamentar no caso concreto foi idônea à produção do resultado danoso, para que seja estabelecido o obrigatório elo de causalidade.

Regra geral, a responsabilidade civil médica é contratual, subjetiva e com culpa provada. Acontece que, nos casos de responsabilidades complexas, que decorrem de fatos de outrem, a tarefa do paciente (ou de habilitados) de provar que o resultado danoso decorreu de negligência, imprudência ou imperícia do médico nem sempre será tarefa simples. Exigir da vítima (ou de seus sucessores) a comprovação da culpa médica é impor a produção de prova diabólica; noutras vezes, a culpa decorre das próprias circunstâncias do evento, sendo desnecessária sua comprovação, quando estiver comprovado o fato danoso.

A prova da culpa médica é especialmente difícil de ser produzida por duas razões principais: a jurisprudência é exigente na comprovação da culpa, admitindo-a apenas nos casos de erro grosseiro e de injustificável omissão na assistência ao paciente, e a matéria é eminentemente técnica. Por essas razões, jurisprudência e doutrina têm reconhecido, cada vez mais, novas circunstâncias de inversão do ônus da prova e de culpa presumida em favor do paciente.

O fato de o Código de Ética médica ter-se implementado de maneira a assentar toda a atividade médica no âmbito das obrigações de meios — impondo a prova pela vítima do ato culposo do profissional liberal — não estabeleceu mudança alguma na jurisprudência brasileira quando do trato jurídico da matéria. Pelo contrário, o que se apura é um condicionamento maciço de julgados no sentido de dar aplicabilidade, no possível, aos princípios e regras afeitos ao Código de Defesa do Consumidor, admitindo-se inclusive que a relação médico-paciente perdeu a sua característica humanitária.

Também não parece ter força o Código para delimitar condutas regulamentares e fazê-las valer, na seara judicial, contra os médicos faltosos, para que se tenha o reforço da aplicação da culpa presumida, mesmo quando no desempenho de atividade mais comum da medicina, atentam contra

deveres expressamente previstos. Ou seja, não se trata o tema dentro de uma concepção ou espaço interpretativo afeito à culpa contra legalidade, assim como se vê, na jurisprudência, em questões relativas a acidente automobilístico, sendo certo que ambas impõem risco de inegável natureza social.

Deve-se levar em conta também que a cultura sociojurídica estimulada por ocasião da vigência da Lei consumerista implica, em matéria de responsabilidade civil médica, na busca da emissão do querer do consumidor, ou melhor, do seu consentimento informado de forma clara e objetiva, como uma das tantas maneiras de se fazer valer, como imperioso, o princípio da boa-fé objetiva e a preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALSINA, J. B. **Responsabilidad civil y otros estudios: doctrina y comentarios de jurisprudencia** III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ANDRÉ, V. C. Aspectos gerais da responsabilidade médica. *In*: ANDRÉ, V. C. (org.). **Responsabilidade médica**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

BARBOZA, H. H. Poder familiar em face das práticas médicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 24, n. 76, p. 43-44, jun. 2004.

BARROS JÚNIOR, E. A. A Inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas. *In*: BEÇAK, R.; MORAIS, J. L. B. (coord.). **Hermenêutica: interpretação jurídica**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

BRASIL. **Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13268.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 236708/MG**. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. Relator: Min. Ministro Carlos Fernando Mathias, 18 de maio de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900990994&dt_publicacao=18/05/2009. Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. **Resolução n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. DF: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009/>. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 969.015/SC.** Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização. Erro médico. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Súmula 83 do STJ. Verossimilhança das alegações e hipossuficiência. Súmula 7 do STJ. Agravo interno desprovido. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 07 de abril de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n.º 491.** Período: 13 a 24 de fevereiro de 2012. Brasília, DF: STJ, 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&processo=1261943+SP+&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=&l=20&i=721#:~:text=No%20caso%2C%20o%20tribunal%20a,provar%20a%20ocorr%C3%Aancia%20do%20fortuito>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.395.254/SC.** Direito Processual Civil e Consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Inversão do ônus da prova. Regra de instrução. Artigos analisados: 6º, VIII, e 14, caput e § 4º, do CDC. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de outubro de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301322429&dt_publicacao=29/11/2013 . Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.222, de 23 de outubro de 2018.** Corrige erro material do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 2.217/2018) publicado no D.O.U. de 1 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2018/2222_2018.pdf. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.226/2019.** Revoga a Resolução CFM n.º 1.649/2002, os artigos 4º e 5º e seu parágrafo único da Resolução CFM n.º 2.170/2017 e altera o artigo 72 do Código de Ética Médica, que proíbem descontos em honorários médicos através de cartões de descontos e a divulgação de preços das consultas médicas de forma exclusivamente interna. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2019/2226_2019.pdf. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.749.954-RO.** Ação de indenização em razão de acidente de trânsito. Condução de motocicleta sob estado de embriaguez. Atropelamento em local com baixa luminosidade. Instrução probatória inconclusiva se a vítima

encontrava-se na calçada ou à margem da calçada, ao bordo da pista de rolamento. Recurso especial improvido. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2023.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

FULGÊNCIO, T. **Do Direito das Obrigações**: das modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOPES, M. M. S. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

OLIVEIRA, J. E. **Código Civil anotado e comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, R. P. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>. Acesso em: 19 set. 2023.

RIDOLPHI, A. C.; RANGEL, T. L. V. A relação médico-paciente e seus aspectos de legalidade. **Revista Científica Interdisciplinar Múltiplos Acessos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2017.

SILVA, R. B. T. (coord). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva/Direito GV, 2007.

SILVA, W. M. A culpa contra a legalidade, a culpa comum e a responsabilidade civil automobilística nos transportes de passageiros. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 21, n. 13, p. 7-202, 1973.

SOUZA, E. N. **Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

VENOSA, S. S. Aspectos da responsabilidade médica. *In*: AKEL, H. E. (coord.). **Revista de Jurisprudência Escolhida RJE-4**. Rio de Janeiro: Jurídica Brasileira, 2010.