PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL MÉDICA

ASSUMPTIONS AND REQUIREMENTS FOR CIVIL LIABILITY IN MEDICAL CONTRACT

Adriana de Fátima Santos[1]
Samira da Costa Fontes[2]
Marcelo Lamy[3]

RESUMO: Este artigo objetiva apresentar os pressupostos e os requisitos para a responsabilidade civil contratual médica, pois a doutrina é carente no que diz respeito ao seu mapeamento, apesar de no campo médico ser comum prévio contrato. Pelo levantamento e pela análise bibliográfica e documental, promove-se um diálogo entre os pressupostos e os requisitos da teoria da responsabilidade civil contratual e os seus limites no âmbito específico da atividade médica.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Médico; Responsabilidade Civil; Contrato.

ABSTRACT: This article aims to present the assumptions and requirements for contractual civil liability, because of the lacking of the doctrine in regard to its mapping, although in the medical field it is common prior contract. Through the survey and the bibliographical and documentary analysis, a dialogue is promoted between the presuppositions and the requirements of the contractual civil liability theory and its limits in the specific scope of the medical activity.

KEYWORDS: Medical Law; Civil responsability; Contract.

[1] Advogada. Membro da Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiências da OAB/SP. Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável" e do Grupo de Pesquisa CNPq "A Efetividade dos Direitos Fundamentais e a Efetivação do Direito à Saúde". Especialista em Direito Empresarial (Universidade Estácio de Sá). Bacharel em Direito (Centro de Ensino Superior de Valença). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília (Unisanta), Santos (SP), Brasil. Instituição financiadora: PROSUP/CAPES.

[2] Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Especialista em Direito Público (Univ. Potiguar). Bacharel em Direito (Unisantos). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília (Unisanta), Santos (SP), Brasil. Instituição financiadora: PROSUP/CAPES.

[3] Advogado. Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas e do Observatório dos Direitos do Migrante. Instituição de origem: Universidade Santa Cecília (Unisanta), Santos (SP), Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A dificuldade enfrentada cotidianamente nos tribunais, por ocasião de verificar a existência de eventual responsabilidade civil, reside na constatação dos seus pressupostos e requisitos. A parte autora procura demonstrar a existência de todos eles e a ré, afastar um deles, para assim excluir a responsabilidade.

No âmbito da responsabilidade contratual há certa dificuldade na identificação e no mapeamento desses pressupostos e requisitos, ainda mais na seara médica em que a discussão se espraia por outras paragens, como a da obrigação ser de meio ou de resultado.

De fato, não encontramos, em nossos estudos, algum trabalho que apresentasse todos os pressupostos e requisitos da responsabilidade contratual médica. Este foi, portanto, o desafio da pesquisa aqui relatada: apresentar um quadro geral dos pressupostos e requisitos da responsabilidade civil contratual no âmbito médico. Diante do crescente fenômeno da judicialização de demandas por responsabilização médica, parece-nos hialina a relevância de explicitar esse ponto.

O caminho percorrido de pesquisa foi o da revisão narrativa da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o tema.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Pressupostos são os elementos necessários para ingressar na seara da responsabilidade “contratual”, que são os seguintes: a existência de um contrato, a validade do contrato, a natureza “contratual” do dever violado.

Ausente algum desses pressupostos, a discussão recairia na possibilidade de restar caracterizada a responsabilidade aquiliana ou extracontratual.

2.1 EXISTÊNCIA DE UM CONTRATO

O nosso direito, como os outros, parte da lógica de que a responsabilidade nasce como consequência de um dever jurídico violado. É necessário, no entanto, aferir a natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, ou seja, se há norma geral e abstrata de conduta violada ou se há norma contratual violada.

Nos casos médicos, geralmente existe uma relação contratual entre o médico e o paciente com aplicação das regras de responsabilidade contratual.

É o que afirma Miguel Krouri Neto[4]: "quando um médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual".

Mas casos há em que a assistência médica não chega a ser contratada e por isso são aplicáveis as regras da responsabilidade extracontratual. Pode-se mencionar, por exemplo, a situação em que o médico preste assistência a uma pessoa ferida na rua.

Conforme Fernando Campos Scaff[5] nas situações emergenciais em que o médico intervém sem prévio acordo de vontade da pessoa envolvida nessa relação estabelecida, ocorrerá o surgimento de meros *atos jurídicos*, que são praticados pelo médico de modo consciente e voluntário e podem gerar consequências lícitas ou ilícitas, inclusive com pretensão de reparação de dano caso este venha a ser causado.

Nas situações em que a violação não decorre de um contrato, mas sim de um mandamento legal de não violar direito de outrem, falamos em responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual. Note-se que na responsabilidade aquiliana não existe nenhum vínculo jurídico anterior entre a vítima e o sujeito causador do dano. Neste caso, aplica-se o artigo 186 do Código Civil, que estabelece que todo aquele que causar dano a outrem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O regramento desta responsabilidade também se encontra nos artigos 927 e 187 do Código Civil de 2002.

---

4 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

5 SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

Assim, na responsabilidade aquiliana viola-se um dever negativo que é a obrigação de não causar dano a ninguém. Logo, essa responsabilidade extracontratual decorre da prática de um ato ilícito.

A responsabilidade contratual encontra o seu fundamento no artigo 389 do Código Civil, que estabelece que: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Observe-se, porém, que na relação médico-paciente muitas vezes o contrato não é escrito, o que pode dificultar o *onus probandi* da vítima quanto à existência do contrato. As prescrições terapêuticas ou de exames, os prontuários médicos ou até fichas de agendamento de consultas podem ser úteis para atestar a existência da relação contratual.

O contrato entre o médico e o paciente tem as características dos contratos de prestação de serviços e em geral é bilateral, sinalagmático, oneroso, de trato sucessivo, comutativo e de adesão. O contrato é bilateral porque há obrigações para ambos os contratantes: o médico de fornecer os serviços médicos e o paciente de pagar por eles, ou de prestar informações ou de seguir as prescrições. É sinalagmático porque tende a existir um equilíbrio, uma reciprocidade entre as prestações das partes. Também pode ser visto como oneroso porque ambos os contraentes obtêm proveitos e sacrifícios, esperando-se do médico que ele preste a melhor assistência possível de acordo com as técnicas da ciência e do paciente que ele pague a remuneração do profissional e que cumpra as suas recomendações. Os contratos médicos também podem ser classificados como comutativos porque as prestações das partes são certas e determinadas, já que pactuam antecipadamente as condutas almejadas, não havendo a contratação de uma surpresa. São geralmente de trato sucessivo porque os atos médicos são costumeiramente reiterados, numa prestação continuada, que duram enquanto não acabar o tratamento, o que não impede que haja, ao invés, uma prestação instantânea no caso de uma simples consulta ou de

uma intervenção médica de menor complexidade e pontual (extrair uma verruga, por exemplo).

2.2 VALIDADE DO CONTRATO

O contrato médico, como qualquer outro negócio jurídico, para que produza efeitos, deve antes preencher certos requisitos de validade.

Fala-se primeiramente em requisitos de ordem geral, que são comuns a todos os contratos: capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

No que diz respeito a capacidade do agente, o contrato será nulo se realizado por paciente absolutamente incapaz, que no regime atual só é possível quando este possuir menos de 16 anos. Para que seja válido o representante legal do incapaz tem que dar o consentimento. Vale destacar que as pessoas com deficiência, após a Lei Brasileira de inclusão (Lei 13.146/2015), são em regra absolutamente capazes. Apenas serão relativamente incapazes quando por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade (art. 4º, III, CC).

O objeto precisa ser lícito, possível, admitido pelo direito. Logo, no âmbito médico, não será possível a contratação de cirurgia de transplante de órgãos de pessoas vivas quando não há duplicidade de órgãos; não será possível a contratação de suicídio assistido; nem fertilização *in vitro* de clone humano.

Acerca do objeto ilícito, vale a pena mencionar o direito à integridade do ser humano prevista no artigo 3º da Carta dos Direitos da União Europeia[6] que, assim como ocorre no Brasil, no domínio da medicina e da biologia, proíbe: práticas eugênicas, nomeadamente as que têm por finalidade a seleção das pessoas; transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; clonagem reprodutiva dos seres humanos.

6 Cf. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

Nosso ordenamento, ainda, é preciso ao estatuir que nenhuma prescrição contratual pode prevalecer se contrariar a ordem pública (art. 2035, parágrafo único, do CC 2002). O seja, é ilícito o objeto contratual que prejudicar: bens ou valores fundamentais do indivíduo (saúde, consciência, pensamento, movimento, cidadania etc.); a organização e o bom funcionamento da Administração pública estatal e não estatal; a organização e o funcionamento da família, a organização das relações econômicas; a proteção de determinados grupos ou classes sociais; as normas penais[7].

Além disso, observe-se que o nosso sistema tem como nulas as relações contratuais que configurarem simulação (art. 167 do CC de 2002), assim como anuláveis as relações contratuais acompanhadas de vícios do consentimento: erro (arts. 138 a 144 do CC de 2002), dolo (arts. 145 a 150 do CC de 2002), coação (arts. 151 a 155 do CC de 2002), estado de perigo (art. 156 do CC de 2002) e lesão (art. 157 do CC de 2002); ou com o vício social da fraude contra credores (arts. 158 a 165 do CC de 2002).

2.3 NATUREZA CONTRATUAL DO DEVER VIOLADO

Para que ingressemos no universo da responsabilidade contratual é necessário também que a ilicitude da qual se reclama tenha relação intrínseca com a conduta descrita no contrato, em eventual cláusula contratual. Se o ilícito é a desobediência de um dever geral de conduta (como as estabelecidas pelo Código de Ética Médica), fixado em norma geral e abstrata e não nos termos do contrato, nem nas cláusulas impostas pela lei para as relações contratuais (cláusulas gerais), a responsabilidade será aquiliana, extracontratual.

Para que estejamos diante da responsabilidade contratual, a ilicitude tem de ser o inadimplemento de um dever contratual. Seja esse inadimplemento relacionado ao objeto principal do contrato (**deveres principais**): não-fazer algo que foi acordado

[7] ROPPO, Enzo. O Contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Lisboa: Almedina, 2009.

fazer; fazer algo que o consenso foi o de não-fazer. Seja esse inadimplemento associado ao objeto principal do contrato (**deveres acessórios**): condutas que não são traduções do objeto principal do contrato, mas que são acordadas por serem necessárias ao desempenho ou à constatação das obrigações centrais.

Considera-se também violação positiva do contrato, ensejando portanto responsabilidade contratual, o descumprimento das imposições legais de conduta dirigidas às partes de uma relação contratual (**deveres anexos, laterais ou paralelos**), como são as condutas impostas pela lei de comportamento leal entre os contratantes, o dever da boa-fé objetiva (art. 422 do CC de 2002) – traduzíveis pelos deveres de cuidado, de respeito, de informação, de colaboração, de agir conforme a confiança depositada, com honestidade ou probidade, conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Há que se observar também se o dever contratual ainda existe, se não foi atingido pela *supressio* (supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar do tempo).

No que diz respeito ao consentimento informado, o médico pode infringir um dos deveres do contrato, que é o dever de informar tanto sobre a doença de que padece o paciente, como também sobre o procedimento terapêutico que será adotado e quais os potenciais riscos e efeitos secundários adversos. Após toda a informação necessária, o paciente poderá, de acordo com a sua autonomia de vontade, concordar ou não com a prática médica sugerida.

A violação positiva do contrato não decorre do inadimplemento da prestação principal do pacto, mas sim da inobservância de deveres anexos que são impostos às partes em decorrência do princípio da boa-fé objetiva em sua função de proteção e de tutela. São exemplos de deveres anexos já mencionados pela doutrina e pela jurisprudência: a violação do dever de informação, de cooperação, de proteção, de segurança, de assistência e de sigilo. Ricardo Luís Lorenzetti, por exemplo, chama

esses deveres secundários de "programa de conduta"[8]. Se algum desses deveres for descumprido diz-se que ocorre a violação positiva do contrato. Como consequência poderá a parte inocente pedir a resolução do contrato ou até mesmo reparação de danos eventualmente sofridos.

Neste ponto, Fernando Campos Scaff[9] observa:

> que o adimplemento da obrigação médica não se resolve pura e simplesmente com a mera realização do tratamento recomendado pela melhor conduta. Existem, além desse ponto central, questões que se vinculam à observância de outros deveres e obrigações usualmente denominadas laterais, cuja importância é cada vez mais reconhecida na apreciação dos problemas relacionados ao direito à saúde.

Em relação ao dever anexo de informação, pode-se mencionar o artigo 22 do Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009), que veda ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente ou de seu representante legal, após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Não há dúvidas de que a informação deve ser mais clara e completa ainda nas cirurgias estéticas, até porque o paciente almeja um resultado prefixado que precisa ser muito bem delineado.

Por outro lado, a informação deve ser restringida, conforme Rui Stoco[10] que cita Chamard e Monzein, quando os prognósticos são graves, já que nestes casos é "preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia e ao desespero".

Pode ocorrer a violação do dever anexo de cooperação por parte do médico quando este não dá a necessária assistência ao paciente nos casos em que surge dúvida quanto a detalhes do tratamento. O paciente também pode infringir o dever de

8 LORENZETTI, Ricardo Luís. Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 7.
9 SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.
10 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 790.

cooperação quando não cumpre com as recomendações do médico, dificultando as chances de cura ou até quando omite informações relevantes para o seu tratamento.

Pontue-se então que ainda que o médico tenha observado toda a diligência necessária e empregado as melhores técnicas em vigor na ciência, isto é, cumprido a obrigação principal do contrato, ainda assim poderá ser inadimplente se a sua assistência não observar os deveres laterais.

3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Requisitos são os elementos necessários para a concretização ou para o dimensionamento do dever de reparar. Assim, podem ser considerados requisitos o nexo causal entre a conduta e o dano, a caracterização do dano, a caracterização da culpa.

3.1 NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO

Para que se estabeleça o dever contratual de reparar, é preciso que haja ligação intrínseca entre a conduta contratual descumprida e o dano produzido. Se o dano não advir direta ou ao menos reflexamente da conduta contratual descumprida, não há que se falar do dever de reparar. Por outro lado, se o dano advir de causas concomitantes, sendo uma delas a conduta contratual descumprida, o dimensionamento da reparação devida será atingido.

Há diversas exceções ou defesas que excluem o nexo de causalidade e, portanto, o dever de reparar; ou, pelo menos, minoram o âmbito da indenização:

Legitima defesa (art. 188, I do CC 2002): Se o dano não surge do inadimplemento, mas da necessidade de repelir agressão ou ameaça a pessoas, bens, direitos ou valores (morais, honra, fama), desde que (a) a iniciativa da agressão ou ameaça se dê por outrem, sem provocação de quem alega a legitima defesa; (b) a agressão ou a ameaça seja atual ou iminente ao ato que a repeliu; (c) a reação de repelir seja proporcional à agressão ou à ameaça que se apresentou.

Exercício regular de direito (art. 188, I do CC 2002). Observe-se, no entanto, que a regularidade é afastada pela configuração do abuso de direito, se exceder os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do CC 2002).

Parece-nos ingressar no âmbito do exercício regular do direito a situação de o médico não cumprir sua obrigação porque o paciente não cumpriu a sua obrigação prévia (como a de preparar-se adequadamente para alguma intervenção) – *exceptio non adimpleti contractus* (art. 476 CC 2002).

Estado de necessidade (art. 188, II do CC 2002): Na legítima defesa há a figura do agressor ou ameaçador, no estado de necessidade o perigo nasce de situação fática. Elimina o nexo se o ato de repelir o perigo, provocador do dano, (a) for o único absolutamente necessário para escapar do perigo, (b) não se estender além do necessário para afastar o perigo (art. 188, parágrafo único, CC 2002).

Fato exclusivo da vítima: se o dano adveio de fato exclusivo da vítima, excluída está a causalidade. Diversa é a situação de fato concorrente da vítima, que apenas atenua a responsabilidade ou a indenização (art. 945 CC 2002). Nesse caso, haveria que se explicitar matematicamente a contribuição da vítima para o evento danoso. Se impossível quantificar, parece justo a partilha por igual da responsabilidade. O consentimento da vítima com o dano ou a sua aceitação de correr os riscos de dano ensejam essa hipótese.

Fato de terceiro: O fato de terceiro pode implicar em responsabilidade indireta, como é o caso de pais tutores e empregadores. Como excludente, depende de: (a) poder ser considerado terceiro (filhos, tutelados, empregados não serão, conforme art. 934 CC 2002); (b) o dano ter nascido exclusivamente de ato de terceiro. Se a ação de terceiro constituir-se como causa concorrente, a parte contratual tem de responder integralmente. Caberá apenas ao contratante eventual regresso com relação a terceiro.

Caso fortuito (fato da natureza, imprevisível – raio, inundação, terremoto, temporal) ou **Força maior** (ação humana, irresistível – atos de autoridades ou fato do

príncipe, revolução, furto, roubo, assalto, desapropriação): uma vez configurados, um ou outro, não haverá responsabilidade, salvo se o devedor assumir contratualmente por eles responder (art. 393 CC 2002). De qualquer forma, há que se identificar os seguintes condicionamentos: (a) necessariedade – situação leva necessariamente ao ato danoso, (b) inevitabilidade, porque absolutamente imprevisível ou porque irresistível (art. 393, parágrafo único, CC 2002).

3.2 CARACTERIZAÇÃO DO DANO

Embora a demonstração do inadimplemento dispense a demonstração da ilicitude, que se presume (fator que diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual), se não restar demonstrado o dano, será admissível apenas a resolução, mas não a responsabilidade contratual. Salvo nas seguintes situações que dispensam a prova do dano: existência de cláusula penal (art. 416 CC 2002); ofensa de injúria, difamação ou calúnia (art. 953 CC 2002); ofensa à liberdade (art. 954 CC 2002). A prova da mora, independente do prejuízo, também dá origem a possibilidade da responsabilização pelos juros de mora (art. 407 CC 2002).

No que diz respeito à mora, há que se esclarecer em cada caso, também, se a mora é automática (decorrente da lei, ou *ex re*) e independe de interpelação: como é o caso de fazer algo que não poderia ter feito (obrigação negativa, art. 390 CC 2002); ou de fazer algo considerado como ato ilícito (art. 398 CC 2002); ou de não-fazer algo preciso (delimitado, líquido) que devia fazer, no prazo estabelecido no contrato (termo), conforme determina o artigo 397 do CC 2002. Ou se a mora depende de interpelação (*ex persona*), por não haver termo ou em razão da obrigação não ser liquida, precisa.

Não haverá caracterização de dano se restar caracterizada a cessação da mora (por eventual novação, remissão de dívida ou renúncia do credor), pois os efeitos da cessação são futuros e pretéritos. Se já tiver sido purgada a mora (art. 401 CC 2002), os danos ainda existirão no âmbito pretérito.

A caracterização do dano constitui o ponto fulcral para o dimensionamento da reparação, juntamente com os juízos de equidade (art. 413 CC 2002) e a verificação de culpa reduzida (art 944, parágrafo único, CC 2002).

As **finalidades** da indenização (mitigação dos danos e punição do inadimplente) condicionam a fixação do montante reparatório. As **amplitudes** da indenização (prejuízos diretos, danos emergentes, lucros cessantes diretos e imediatos, atualização monetária, juros de mora, custas judiciais, honorários advocatícios convencionais, danos materiais, morais e estéticos) determinam os dimensionamentos possíveis (artigos 389, 402, 403 e 404 do CC 2002). A possibilidade e os limites da **sujeição dos bens** do ofensor e de seus herdeiros (artigos 391, 942, 943 e 1.792 do CC 2002) condicionam a realidade da reparação. Os **limites** e **conteúdos** legalmente estabelecidos para fixação do montante indenizatório recortam as possibilidades reparatórios, seja em termos gerais (artigos 412, 413, 928 e 944 do CC 2002), seja para casos específicos (artigos 948 a 954 do CC 2002).

3.3 CARACTERIZAÇÃO DA CULPA

Primeiramente importa destacar que a responsabilidade dos profissionais liberais há de ser apurada mediante a verificação de culpa, portanto mediante uma responsabilidade subjetiva. Este mandamento está previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, §4º, como também no Código Civil de 2002, artigo 951.

Quanto ao ônus probatório, a responsabilidade contratual costuma favorecer o lado da vítima em caso de obrigação de resultado, já que esta pode precisar apenas comprovar que o objeto contratual não foi cumprido. Por consequência, nestes casos, resta presumida a culpa do prestador dos serviços. Este último só se exime da obrigação, portanto, se provar que não agiu com culpa ou que houve alguma causa excludente do nexo causal.

Para Regina Beatriz Tavares da Silva[11], nas obrigações de resultado, a culpa de um prestador que se comprometeu a realizar um objetivo é presumida, cabendo ao contratante provar que esse objetivo não foi obtido. Portanto, visto que essa presunção é relativa e não absoluta, o prestador deverá comprovar que não agiu com culpa, com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

No âmbito médico, para a análise do cumprimento ou não do objeto do contrato, é preciso analisar se o médico se comprometeu a atingir um determinado resultado ou se simplesmente prometeu aplicar todas as técnicas e meios disponíveis no estágio atual da ciência. Isso porque, em regra, a atividade médica é obrigação de meio, e excepcionalmente de resultado. A doutrina e a jurisprudência costumam excepcionar os casos de cirurgias estéticas e vasectomia, em que o resultado precisaria ser atingido.

Conforme Kfori Neto[12] que cita Demogue:

> há obrigação de meio, quando a própria prestação nada mais exige do devedor que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.

Note-se que um resultado adverso do esperado é sobremaneira frequente nos contratos de prestação de serviços médicos, e isso não enseja, por si só, a presunção do incumprimento contratual. Casuisticamente é necessário analisar uma série de fatores, como, por exemplo, se o médico observou todos os deveres esperados, isto é, as cláusulas gerais de conduta.

Isso porque o risco é inerente à atividade médica, podendo surgir circunstâncias imprevisíveis, isto é, fatores externos que por si causem de forma direta e adequada um resultado diferente do esperado. No que diz respeito à conduta

[11] TAVARES DA SILVA, **Regina Beatriz. Responsabilidade Civil na Área da Saúde.** 2ª ed. São Paulo: GVLaw, 2009, p. 210.
[12] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

médica, é necessário avaliar se ele diligentemente empregou os conhecimentos da ciência.

No entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Junior[13], na obrigação de resultado é que basta ao lesado comprovar a não obtenção do resultado prometido, o que é suficiente para caracterizar o descumprimento do contrato. Ocorre que quando a responsabilidade contratual deriva de uma obrigação de meio, a culpa já não seria presumida, incumbindo ao paciente comprovar a culpa do médico, seja porque este agiu com imprudência, negligência ou imperícia, seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida.

O ilícito perpetrado pelo profissional da saúde existe, segundo André Gonçalo Dias[14]: (a) na má prática médica ou erro técnico; (b) por violação dos direitos dos pacientes, nomeadamente à sua liberdade, autonomia e autodeterminação nos cuidados de saúde que lhe são prestados, por violação do consentimento informado. A responsabilidade por má prática médica é aquela oriunda do não atingimento do resultado almejado (se a obrigação for de resultado) ou de uma ação ou omissão dolosa (mais rara) ou culposa das atividades previstas no contrato (se a obrigação for de meio), por falta da prudência ou da diligência necessária, por falta do dever de cuidado objetivo exigível.

É importante saber que o ilícito da má prática médica pode ser acompanhado da presunção de culpa, nos casos de obrigação de resultado, ou ser acompanhada da inversão do ônus da prova, nas obrigações de meio, resultando no mesmo desafio para o profissional da saúde: ter de provar sua prudência e diligência.

[13] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**, p. 7. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf> Acesso em 27/05/2018.

[14] PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Responsabilidade médica e o consentimento informado. Ônus da prova e nexo de causalidade.** Coimbra, p. 1/2. Disponível em: < https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20médica.pdf> Acesso em 27/05/2018.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves[15], para o devedor se eximir de reparar o dano, terá que provar uma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, incumbindo-lhe o ônus de provar. Já na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova fica com o autor da ação, vítima, que deve comprovar a culpa do causador do dano.

3.4 INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR

Por fim, há que se verificar se o contrato não tem a previsão da cláusula especial de não-indenizar, pois esta afastaria a possibilidade de responsabilização civil contratual.

Segundo a doutrina, a cláusula de não-indenizar, mesmo que presente, não pode ser admitida se visar eximir o ofensor dos efeitos de um procedimento seu doloso, nas hipóteses em que não há liberdade de contratar, se envolver direitos irrenunciáveis ou se se contrariar a ordem pública ou os bons costumes.

Seja pela falta de liberdade de contratar, muito comum nos casos de emergência e de urgência, seja pela natureza irrenunciável do direito à vida e à saúde, parece-nos inaplicável, inadmissível a cláusula de não-indenizar em contratos médicos.

Admissível, no entanto, seria o regime previsto em nossa lei – de fato, equivalente ao da cláusula de não-indenizar –, relacionado à cláusula penal compensatória e às arras penitenciais.

Pode ser estabelecido em contrato cláusula penal compensatória pela inexecução absoluta ou de alguma cláusula especial. Diante dessa espécie de cláusula penal, não é possível reivindicar, em princípio, perdas e danos (arts. 409 e 410 do CC 2002), salvo se o contrato fixar que essa pena é a mínima e restar provado

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

o prejuízo excedente (art. 416, parágrafo único, CC 2002). Em regra, somente diante da cláusula penal moratória (art. 411 CC 2002) é possível essa cumulação de pedidos.

A mesma lógica é aplicável às arras penitenciais, impedindo a indenização suplementar (art. 420 CC 2002) e às arras confirmatórias (art. 419 CC 2002), admitindo indenização suplementar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito desse trabalho era mapear os pressupostos e requisitos da responsabilidade contratual médica. Relatamos, sinteticamente, nossas conclusões.

Para que a responsabilidade contratual médica reste possível de ser alegada (pressupostos), é preciso que fique demonstrada a existência de uma relação contratual, que o contrato médico não esteja acompanhado de vício insanável, que o dever violado seja efetivamente de natureza contratual, seja um inadimplemento.

A concretização e o dimensionamento do dever de reparar (requisitos), por sua vez, dependem da demonstração do nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano, excluídas todas as possibilidades de rompimento desse nexo. Dependem também da prova do dano, que chamamos caracterização do dano, salvo as exceções elencadas. Dependem, por fim, da caracterização da culpa, sendo ela presumida pelo regime (obrigações de resultado) ou sendo ela presumida pela prática processual da inversão do ônus da prova (obrigações de meio). Por derradeiro, dependem da inexistência de cláusula penal compensatória e de arras penitenciais.

Quanto ao dimensionamento concreto da reparação, apontamos de maneira resumida os pontos essenciais que determinam sua amplitude e seus limites. Esse ponto, no entanto, em futuros trabalhos deve ser mapeado mais detalhadamente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico.** Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf> Acesso em 27/05/2018.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2014, *ebook*.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES DA SILVA, **Regina Beatriz. Responsabilidade Civil na Área da Saúde.** 2ª ed. São Paulo: GVLaw, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Lisboa: Almedina, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.