**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA – UNISANTA PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS**

ALAN EDUARDO DE PAULA

CONTRATO DE SERVIÇO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

SANTOS/SP

2023

ALAN EDUARDO DE PAULA

CONTRATO DE SERVIÇO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo Lamy.

SANTOS/SP2023

ALAN EDUARDO DE PAULA

CONTRATO DE SERVIÇO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Projeto de dissertação apresentado
ao Programa de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito de Saúde:
Dimensões Individuais e Coletivas.

Orientador: Marcelo Lamy

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/___.

Examinador (a): Prof.(a) Dr(a):

Examinador (a): Prof.(a)

Dr(a):

Orientador: Prof. Doutor. Marcelo Lamy

Santos/SP

2023

AUTORIZAÇÃO DE REPRODUÇÃO

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

FICHA CATALOGRÁFICA

De Paula, Alan Eduardo.

Contrato de serviço médico e a responsabilidade civil / Alan Eduardo de Paula - 2022

77 folhas

Orientador: Marcelo Lamy

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, Santos, SP, 2023.

1. Contrato. 2. Médica. 3. Responsabilidade. 4. Indenização. 5. Inadimplemento. I. Lamy, Marcelo. II. Contrato de serviço médico e a responsabilidade civil.

Dedico este trabalho à minha família, meu suporte desde tenra idade, como minha mãe, que nos deixou durante o curso, e se não fosse ela, não teria a oportunidade de ser advogado, a minha esposa que tanto amo e me dá o suporte que preciso, minha filha que amo muito, ao meu pai e a todos e todas que fazem parte da minha história.

RESUMO

O presente trabalho busca estudar a teoria geral da responsabilidade civil contratual para acurar a validação das teorias que influenciam na interpretação, hermenêutica e aplicação da responsabilização do profissional nas relações contratuais com os pacientes com quem contrata. Assim, procuramos estudar as teorias jurídicas que envolvem todas as discussões preliminares, basilares, históricas, ou seja, os institutos jurídicos que se inter-relacionam para chegar à responsabilização do profissional liberal. O presente estudo usa a metodologia de pesquisa, que foi por meio de referência bibliográfica, trazendo diversos autores nacionais e estrangeiros que tratam do tema, com a leitura analítica, inferência e interpretação de textos, com os respectivos fichamentos e resumos, realizando a revisão narrativa do projeto de pesquisa. Nossos referenciais teóricos são a Teoria Geral das Obrigações e da Responsabilidade Civil nacionais e estudando um pouco autores estrangeiros. Nos nossos estudos nos revelou que, muitas das vezes, há a mistura de conceitos jurídicos, a fim de justificarem a aplicação do dever de indenizar, confundindo-se conceitos. Também, como não poderia de ser, também, há a teoria dos diálogos das normas, ou seja, se complementando, principalmente, no que toca à responsabilidade civil contratual. Isto se dá, por exemplo, na medida que, o Código de Defesa do Consumidor não traz o que seria responsabilidade civil, apesar de prever em seu bojo o dever de indenizar, além, de prever quando se aplica a teoria objetiva ou quando a subjetiva, sendo que o amparo conceitual se encontra no Código Civil de 2002. Sendo certo, que aqueles institutos estão desenvolvidos e previstos na parte geral e especial do Código Civil brasileiro, seja na parte geral, na parte de obrigações, ou ainda, na parte da responsabilidade civil, sendo que este último, ainda nos remete ao primeiro logo no início. Diante disto, temos que a integração do sistema jurídico é a base para a responsabilidade civil contratual, e mais, isto quando falamos de obrigação principal, porém, ainda temos as obrigações anexas, decorrentes da boa-fé objetiva, obrigações pré e pós-contratuais, e não menos importante, podemos citar as quase-obrigações. De tal modo, não vamos esgotar o tema com esta dissertação, porém, esperamos iniciar a construção de uma teoria geral sobre um contrato tão importante nas relações sociais com tantas consequências jurídicas, demonstrando a incidência nas relações da sociedade, assim, a título de exemplo, é necessário a distinção entre as obrigações e suas consequências, principalmente, quanto ao inadimplemento absoluto ou relativo (mora), e as consequências da parte especial do livro das obrigações nas relações discutidas no presente trabalho ou aplicação da teoria geral dos contratos. Por fim, o presente trabalho buscará analisar, e não esgotar o tema, pois não possui esta pretensão, mas trazer ao debate de qual teoria dá suporte para o dever de indenizar quando houver inadimplemento absoluto ou relativo nos contratos médicos entre os profissionais liberais e os pacientes contratantes, e ainda, diante de quais obrigações se aplica uma ou outra teoria, como por exemplo, na principal e anexas, esta última, decorrentes da boa-fé, se aplica a mesma teoria, e no pré e/ou pós-contratual, seria qual ou quais teorias, e nas quase-principais teria teoria para amparar o dever de indenizar, e se tem qual seria.

Palavras-chaves: contrato; médico; paciente; responsabilidade civil; obrigação

ABSTRACT

The present work seeks to study the general theory of contractual civil liability to accurately validate the theories that influence the interpretation, hermeneutics and application of professional accountability in contractual relationships with the patients with whom they contract. Thus, we seek to study the legal theories that involve all the preliminary, basic, historical discussions, that is, the legal institutes that interrelate to reach the accountability of the liberal professional. The present study uses the research methodology, which was through bibliographical references, bringing together several national and foreign authors who deal with the topic, with analytical reading, inference and interpretation of texts, with the respective records and summaries, carrying out the narrative review of the research project. Our theoretical references are the General Theory of National Obligations and Civil Responsibility and studying a little foreign authors. Our studies revealed that, often, there is a mixture of legal concepts in order to justify the application of the duty to compensate, confusing concepts. Also, as it could not be, there is also the theory of dialogues of norms, that is, complementing each other, mainly with regard to contractual civil liability. This occurs, for example, to the extent that the Consumer Protection Code does not include what would be civil liability, despite providing within it the duty to compensate, in addition to predicting when the objective theory applies or when the subjective theory applies. , and the conceptual support is found in the Civil Code of 2002. It is true that those institutes are developed and provided for in the general and special part of the Brazilian Civil Code, whether in the general part, in the part of obligations, or even in the part of civil liability, the latter of which still takes us back to the first at the beginning. Given this, we have that the integration of the legal system is the basis for contractual civil liability, and what's more, when we talk about the main obligation, however, we still have the attached obligations, arising from objective good faith, pre- and post-contractual obligations , and not least, we can mention quasi-obligations. Therefore, we will not exhaust the topic with this dissertation, however, we hope to begin the construction of a general theory about such an important contract in social relations with so many legal consequences, demonstrating the impact on society's relations, thus, by way of example , it is necessary to distinguish between obligations and their consequences, mainly regarding absolute or relative default (default), and the consequences of the special part of the book of obligations in the relationships discussed in the present work or application of the general theory of contracts. Finally, this work will seek to analyze, and not exhaust the topic, as it does not have this intention, but to bring to the debate which theory supports the duty to compensate when there is absolute or relative default in medical contracts between independent professionals and contracting patients, and also, in view of which obligations one or another theory applies, for example, in the main and annexes, the latter, arising from good faith, the same theory applies, and in the pre- and/or post-contractual , it would be which theory or theories, and in the quasi-main ones there would be a theory to support the duty to compensate, and if so, what would it be.

Keywords: contract; doctor; patient; damage liability; obligation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL.....	10
1.1 Distinção entre os regimes jurídicos da responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	9
1.2 DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS E RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL	15
1.3 Do inadimplemento absoluto e relativo (mora) contratual e suas repercussões na responsabilidade civil	19
2 DA DICOTOMIA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA–OBJETIVA	22
2.1 DA CULPA.....	30
2.2 Da responsabilidade civil objetiva – sem culpa: do risco e dever de segurança 36	
2.3 Da caracterização das atividades de risco e suas classificações – da presunção de culpa à teoria do risco	39
2.4 DO RISCO COMO FUNDAMENTO.....	46
3 DAS OBRIGAÇÕES: BREVES NOTAS	49
3.1 OBRIGAÇÃO DE FAZER.....	52
3.2 Da Dicotomia obrigação de meio–resultado: classificação segundo Demogue	
55 4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	61
4.1 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	61
4.2 EXCLUDENTES COMUNS DO REGIME CONSUMERISTA E DO CÓDIGO CIVIL.....	61
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a iniciação da discussão acerca da responsabilidade civil contratual nos contratos de prestação de serviço médico entre o profissional liberal e o paciente, no que toca à obrigação principal, deveres anexos, vício do serviço do fato do serviço, e quais seriam as premissas teóricas aplicadas quando nos deparamos com as ocorrências das respectivas violações causadoras de danos.

Nesta linha temos como objetivo iniciar os estudos para a definição das balizas da responsabilidade civil contratual a serem empregues diante de cada violação contratual, e no que toca qual dever/obrigação que está sendo violada com fim de delimitar a aplicação coerente de cada teoria a seu fato.

Assim, vemos que no cenário atual temos diversas discussões acerca das teorias a serem aplicadas a determinadas violações contratuais, porém, sem a especificação de qual dever/obrigação foi violada, muita das vezes aplicando sem rigor técnico a teoria da responsabilidade objetiva, quando a norma traz de forma expressa a aplicação da responsabilidade subjetiva.

Trouxemos no presente estudo metodologia de pesquisa, que foi por meio de referência bibliográfica, trazendo diversos autores nacionais e estrangeiros que tratam do tema, com a leitura analítica, inferência e interpretação dos textos, com os respectivos fichamentos e resumos, realizando a revisão narrativa do projeto de pesquisa.

Logo, no primeiro capítulo abordaremos a dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, trazendo os conceitos do direito romano até os dias atuais, inclusive, a discussão acerca da necessidade ou não dessa dicotomia, que tanto influência as relações contratuais aqui debatidas, como por exemplo, a questão na questão de produção de prova acerca da culpa.

Ainda, neste capítulo temos a abordagem acerca dos deveres anexos da teoria geral contratual e responsabilidade civil contratual, trazendo como aquela se comporta na relação contratual, no que toca aos seus efeitos.

Prosseguindo no nosso trabalho temos as conceituações do inadimplemento contratual em sua forma absoluta e relativa, novamente, as consequências jurídicas nas relações contratuais discutidas neste trabalho.

Traremos a as conceituações de responsabilidade subjetiva e objetiva, e seus impactos, como por exemplo, na produção de provas da culpa, ou a sua desnecessidade na responsabilização do agente causador do dano, o que se comporta nas relações contratuais, com direcionamento para o objeto desse trabalho.

Ainda, nas conceituações da responsabilidade abordaremos a conceituação de risco, tão importante para o fechamento da noção básica da conceituação atual da responsabilidade objetiva, e como se relaciona com o objeto desse trabalho.

Depois partiremos para as notas sobre a teoria das obrigações, analisando os conceitos das relações obrigacionais, intensificando com a obrigação jurídica decorrente do contrato.

Ainda, também, abordaremos os conceitos de obrigação de fazer, e a dicotomia da obrigação de meio e resultado tão cara as relações contratuais médicas.

E, por fim, depois de passar por todas as premissas anteriores e seus comportamentos dentro do nosso ordenamento jurídico e de alguns alienígenas, entraremos nas excludentes da responsabilidade civil no que toca mais especificamente na culpa, principal base da responsabilidade civil contratual nas relações médicas entre profissional liberal e paciente, analisando suas previsões legais no código civil e no código de defesa do consumidor, trazendo a teoria do diálogo das normas para uma análise mais completa do referido instituto.

Nota-se que para chegarmos à conclusão do presente estudo, analisaremos a teoria geral do contrato e da responsabilidade civil.

Portanto, o nosso estudo observará a responsabilidade contratual do profissional da saúde-médico como prestador empresarial de serviços de assistência à saúde por erro profissional, tratando em certa medida, no modelo comparativo, o descumprimento de deveres anexos, os vícios do serviço e pelo fato do serviço, na medida que temos uma grande confusão conceitual na atualidade quando da aplicação da responsabilidade civil, sendo imperiosa a delimitação neste aspecto, buscando como o objetivo da pesquisa contribuir para a definição das balizas da

responsabilidade civil, é necessário devido relevância social dos referidos contratos que se multiplicam a cada dia, trazendo segurança jurídica para os prestadores de serviço, bem como para os tomadores dos serviços de assistência médica na modalidade objeto desse estudo.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Na atualidade, discute-se, na doutrina contemporânea brasileira¹ e na europeia², sobre a superação da dicotomia entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, restando evidente que não há mais motivos para haver essa distinção.

Entretanto, para maior compreensão a respeito do tema objeto de estudo, entendemos ser necessário apresentar breve apanhado da evolução da responsabilidade civil contratual no Direito brasileiro, para só então entrarmos nessa seara atualmente.

Inicialmente, compete-nos salientar que, para Caio Mário da Silva Pereira³, o conceito de responsabilidade civil contratual estaria mais ligado ao tipo de fonte do direito; em outras palavras, traria a teoria das fontes para o debate, pois seria atinente à questão de uma norma preestabelecida, e a violação ao direito inserto naquela norma ensejaria o surgimento da responsabilidade civil.

Desse modo, a questão da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual/aquiliana estaria vinculada à fonte que dá origem à obrigação de indenizar. Em outros termos, seria a obrigação que, violada, geraria uma consequente e secundária obrigação de indenizar.

Interessante ensinamento que guarda relação com o presente trabalho é observado na assertiva de Pereira⁴ quando este assevera que a moderna teoria das fontes tem como pressuposto o fato de o comportamento da sociedade não encontrar respaldo somente na lei, mas também entre outras fontes criadoras de obrigações, colocando o contrato e os atos unilaterais ao lado da Lei, no que tange à criação de deveres e ao dever de indenizar.

Logo, temos, que o que definiria em um primeiro momento, a divisão entre a responsabilidade contratual e a aquiliana estaria repousada na fonte onde se busca o fundamento jurídico para a responsabilização daquele que causou danos.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. passim.

² CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**. Pamplona/Espanha: Civita/Thomson Reuters, 2017. passim.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. atualizada por Gustavo Tepedino. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018. passim.

⁴ Ibidem, p. 317.

Ao prosseguir em seu magistério, Pereira⁵ consigna que os romanistas controvertem acerca do nascimento da responsabilidade contratual e da aquiliana, sustentando que a primeira foi consequência da última, ou, ao inverso, que a segunda decorreu da primeira, e que a mais clássica seria a precedência da responsabilidade contratual sobre a delitual, exemplificando com a *obligatio* romana⁶.

Retomando a questão das fontes onde se encontram apoiadas as responsabilidades contratual e extracontratual observarmos as lições de Sílvio de Salvo Venosa⁷, ao nos trazer justamente o dever de conduta para assentar que, rompido esse dever, que pode ser derivado da lei ou dos negócios jurídicos, dá-se ensejo à responsabilidade geral. O autor ilustra com o exemplo do médico-cirurgião, que, além do dever contratual que o vincula ao paciente, ou daquele com o hospital, que a transgressão do dever de conduta médica, apoiada nos deveres gerais de conduta profissional, ou seja, o Código de Ética Médica, vai gerar a responsabilidade de indenizar por fonte distinta da contratual, sendo o caso da aplicação da responsabilidade aquiliana/extracontratual.

Essa colocação nos importa, na medida em que influi na aplicação do Código Civil, pois uma violação à norma contratual importa na aplicação dos arts. 389, 402 e 405 do diploma, ao passo que, na violação à lei – aqui, entenda-se como normas emanadas do Estado –, a aplicação será pautada pelos seus arts. 186 e 927, constituindo o famigerado ato ilícito.

O ato ilícito, na visão de Pereira⁸, é pressuposto para a responsabilidade subjetiva, tendo como seu fundamento a definição de ato ilícito do art. 186 do CC/2002, porém, como observaremos adiante, não só na lei repousa o ilícito jurídico.

Essa assertiva nos traz uma diferença de relevância, pois o dever de indenizar, nas duas situações, nasce da culpa, da existência de um dano e do nexo de causalidade que os liga, pressupostos da responsabilidade⁹, havendo, na violação contratual, duas presunções, quais sejam, da culpa e do dano, uma vez que ambas

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 317.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2012. p. 397.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 484.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 41.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, passim.

são presumidas, quando há a violação do dever de conduta com apoio no negócio jurídico entabulado entre as partes¹⁰.

Como será observado adiante, temos ainda severas discussões acerca da questão, se se constitui presunção da culpa, ou ainda, da responsabilidade sem culpa, isto é, responsabilidade objetiva.

Assim, é evidente a importância de referida conceituação, no que tange à responsabilidade contratual no direito brasileiro, em face da necessidade de saber as normas que serão aplicadas e quais as consequências de sua aplicação, em especial pelo escopo deste trabalho, que versa sobre a responsabilidade contratual médica.

Neste sentido temos Fernando Campos Scaff que assim diz¹¹:

“A realização do ato médico, no âmbito das relações privadas, concretiza-se ordinariamente mediante a prévia celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro.”

Ainda no escopo da relação contratual temos Carlos Roberto Gonçalves que nos traz¹² mais aspectos norteadores da dualidade dessa distinção, entre responsabilidade contratual e extracontratual, vejamos:

“Há quem critique essa dualidade de tratamento. São os adeptos da tese unitária ou monista, que entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos. De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos. Esta convicção é, hoje, dominante na doutrina. Nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido, contudo, acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida.”

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 330.

¹¹ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado: Contrato de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**, posição 373.

¹² Gonçalves, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Pag. 94

Interessante ainda é a comparação de Carlos Roberto Gonçalves com o direito estrangeiro trazendo como a matéria é tratada no direito alemão e português, *in verbis*¹³:

“Algumas codificações modernas, no entanto, tendem a aproximar as duas variantes da responsabilidade civil, submetendo a um regime uniforme os aspectos comuns a ambas. O código alemão e o português, por exemplo, incluíram uma série de disposições de caráter geral sobre a “obrigação de indenização”, ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não cumprimento da obrigação e das regras especificamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram, assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.”

Ainda trazendo a importância da distinção, Carlos Roberto Gonçalves nos traz mais ponderações, realçando os aspectos de cada uma delas, abaixo¹⁴:

“Há, com efeito, aspectos privativos, tanto da responsabilidade extracontratual, que exigem regulamentação própria. É o caso típico da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e da chamada “condição resolutiva tácita”, nos contratos sinalagmáticos (art. 476 e parágrafo único do CC) e o que ocorre com as omissões e com os casos de responsabilidade pelo fato de outrem, no domínio da responsabilidade extracontratual (Antunes varela, A responsabilidade, cit., p. 11).”

Acrescentamos ao nosso debate as ideias de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald¹⁵ sobre a responsabilidade civil contratual médica, assim, trazendo mais especificidade ao nosso estudo – e, aqui, devemos entender essa relação como a relação médica entre o profissional liberal e o paciente –, ao destacarem que há a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no contrato entre essas partes especificadas, inclusive no que toca ao art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que toca na responsabilidade civil do profissional liberal, além de termos a previsão legal da referida responsabilidade como

¹³ Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Pag. 95

¹⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Pag. 95

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1325.

subjetiva nas relações contratuais especificamente médica no art. 951 do Código Civil¹⁶.

Os autores acima esclarecem que, na relação jurídica entre as partes (o profissional liberal e o paciente), teria o paciente a vantagem da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ao invés da aplicação do Código Civil, sustentando que, nos dois casos, seria a responsabilidade subjetiva a natureza jurídica do dever de indenizar.

Prosseguem nessa linha, respondendo de forma afirmativa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois seriam aplicadas algumas prerrogativas que a referida norma consumerista que prevê, como inversão do ônus da prova, prazo prescricional mais dilatado, invalidade da cláusula contratual que exclui o dever de indenizar, dentre outras, demonstrando que há aplicação da norma consumerista, inclusive no que toca à responsabilidade civil, porém, havendo tão somente a mudança do fundamento para o art. 14, § 4º do diploma em questão¹⁷.

Em continuidade, observamos que a principal questão na qual a conceituação da responsabilidade contratual ganha relevância quando diz respeito à sua aplicação casuisticamente, pois o inadimplemento contratual resvala na forma de apresentação dos institutos correlatos e pressupostos do dever de indenizar, trazendo implicações processuais importantes.

Podemos até dizer que a responsabilidade contratual ganha contorno de responsabilidade objetiva, não sendo considerada quando há a violação das cláusulas contratuais, pois a doutrina traz a questão da presunção de culpa, em que há a inversão do ônus da prova, e, assim, não se observa a classificação da obrigação em subjetiva ou objetiva, de meio ou de resultado, mas sim, como presunções legais.

Trazendo luz ao debate, vejamos que Carlos Roberto Gonçalves nos diz a respeito do ônus da prova, como dito acima, *in verbis*¹⁸:

“A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa

¹⁶ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1334.

¹⁸ Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Pag. 95

exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o ônus *probandi*. No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186, (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.”

Importa também trazer a lume a conceituação de obrigação sob a perspectiva do Direito Alemão, o qual possui uma visão dualista da obrigação, concebida no binômio débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*), aplicada perfeitamente no direito brasileiro nas relações contratuais, pois, como nos ensina Flávio Tartuce¹⁹, o interesse jurídico dá-se quando a obrigação não é satisfeita, seja por inadimplemento total ou parcial (mora), inexecução, descumprimento, enfim, surgindo daí a responsabilidade civil contratual, baseada, como alhures sublinhamos, nos arts. 389 a 391 do CC/2002, com a previsão de indenizar ínsita nos arts. 402 a 404, ou seja, fundamento distinto da responsabilidade aquiliana/extracontratual, que se apoia nos arts. 186 e 927 do mesmo diploma legal.

Trata-se de concepção muito bem aceita pelos doutrinadores pátrios, como Flávio Tartuce²⁰, sendo possível observarmos, de forma clara, a relação com o que apregoa Caio Mário da Silva Pereira, quando aborda as fontes jurídicas. A responsabilidade (dever positivo de adimplir) não pode ser violada, portanto, quando assim ocorre, há a incidência da responsabilidade civil de forma objetivamente considerada, e não a conceituação de responsabilidade civil objetiva, que se trata de outra situação.

É oportuno trazermos à evidência, também, os ensinamentos de Joaquín Cayón de Las Cuevas²¹ a respeito da importância de se considerar o vínculo entre médico e paciente como uma relação contratual, justamente pelas consequências da referida relação perante a norma espanhola e comunitária europeia.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2019. v. 2, p. 215.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²¹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**, p. 295.

Na Espanha, há uma grande discussão doutrinária acerca do enquadramento contratual da relação médico–paciente, em que o ponto de fundamento da discussão reside na aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, conhecido como TRLGDCU²² (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro), ou a aplicação do Código Civil daquele país, pois trazem também repercussões atinentes ao inadimplemento das obrigações contratuais e à responsabilidade civil decorrente desse inadimplemento²³ na relação médico–paciente.

Ainda na esfera da importância da dicotomia da responsabilidade civil em contratual e extracontratual (aquiliana/delitual), Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenthal²⁴ preconizam que essa distinção faz sentido teórico e prático, pois a fonte onde se ampara a responsabilidade civil vai determinar as consequências quando da sua aparição.

Observamos de forma clara que a doutrina pátria, para conceituar a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, usa as diferenças entre ambas, quais sejam, as fontes que as regula, deixando claro o tratamento diferenciado dado a ambas, portanto, no que toca à origem da qual parte o ilícito, e a definição de qual é essa origem traz implicações importantes.

Ao examinarmos a questão do ilícito, trazemos a lume a figura da culpa, que em dado momento pode ser presumida, mas existente, nem que seja juridicamente presumida.

Pereira²⁵ elucida que, na teoria da responsabilidade subjetiva, o que está no foco é o conceito de ato ilícito, pois tudo deriva do ilícito para daí então se definir a responsabilidade. E, aqui, não colocamos o ato ilícito só na responsabilidade aquiliana, mas também o ilícito contratual, pois na construção etiológica do conceito de ilícito o fato humano pode violar tanto a norma estatal como a norma entre as partes, ou seja, o contrato.

Ainda consoante ensinamento de Pereira, ao abordar a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual²⁶, a teoria subjetiva predominante no

²² Acrônimo de Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

²³ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. Op. cit., p. 145.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 91.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 40.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 317.

Código Civil repousa de forma fundamental na culpa; o autor traz, inclusive, a evolução do conceito de ilícito, quando trata do delito e quase-delito.

Nessa linha de abordagem, em que a responsabilidade contratual é considerada subjetiva, Pereira²⁷ sustenta que a culpa implica um procedimento contrário à norma jurídica, e esta deve ser entendida de modo *lato*.

Pereira²⁸ assevera, ainda, que a culpa pode configurar-se infração ao comando legal ou à declaração de vontade individual, inclusive, critica a distinção entre ambas as modalidades, elucidando que a vontade operada contra a norma de conduta, seja qual for, implica culpa, ou seja, existe a culpa, sendo, portanto, desnecessária a distinção.

Nessa trilha segue Sergio Cavalieri Filho²⁹, ao afirmar que haverá responsabilidade contratual quando da existência do inadimplemento ou ilícito contratual, tendo o contrato como fonte, consoante ensina alhures Pereira³⁰, e, prossegue Cavalieri Filho a responsabilidade contratual não está no contrato, o que nele reside é o dever jurídico, que é a obrigação assumida pelas partes de forma volitiva, nascendo o dever de indenizar no momento em que há o descumprimento do pactuado, porém, às vezes o contrato traz a pena, como é o caso da cláusula penal.

Repisamos nessa conceituação em virtude de sua importância prática para os casos que envolvam a responsabilidade civil médica contratual, pois nasce do contrato, sendo ela subjetiva, por apoiar-se na culpa, a qual deve ser elidida pelo acusado, conforme nos ensina Venosa³¹.

Desse modo, vejamos o art. 951 do Código Civil, que traz de forma clara que a responsabilidade é subjetiva do profissional da área da saúde, na medida que traz exatamente a caracterização das condutas por meio da negligência, imprudência e imperícia do profissional que causar a morte de paciente, ou seja, estamos a falar de profissional da saúde, infra:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou

²⁷ Ibidem, p. 318.

²⁸ Ibidem, passim.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 378.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., passim.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, p. 330.

imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”(g.n.)

Corroborando com a nossa interpretação que o referido artigo trata do profissional da área da saúde, vejamos, o que diz Anderson Shreiber³²:

“Dispõe o art. 951 acerca da *responsabilidade médica* do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.”

Apesar, do comentário acima trazer questão que, por ora, não iremos debater, como a questão do fato do produto, importante é o destaque que o referido autor traz ao termo responsabilidade médica, denotando que o referido artigo é norma especial aplicada ao objeto do nosso estudo, qual seja, o contrato médico.

Assim sendo, a responsabilidade contratual não é necessariamente objetiva, ou seja, ela é objetivamente observada, no caso de reparação civil, o que não quer dizer que seja, sob o conceito de responsabilidade civil, a classificação em objetiva.

Posto isso, cumpre-nos lembrar que o Código de Defesa do Consumidor diz que o profissional liberal, em geral fornecedor de serviços, responderá, por culpa, quando haverá a responsabilidade subjetiva, com a aplicação do art. 14, § 4º, da responsabilidade civil por defeito do serviço.

Na linha de Venosa³³, a responsabilidade contratual funda-se na culpa, a qual, não existindo, não implicará obrigação de indenizar, o que traz a lume o art. 392 do CC/2002, que dispõe sobre a responsabilidade nos contratos, na abertura do Título IV, Capítulo I, das disposições gerais sobre o inadimplemento das obrigações, já linhas atrás referidos.

Portanto, estamos diante de uma dicotomia, que importa em algumas consequências importantes, consoante verificaremos a seguir.

³² Schreiber, Anderson. e outros. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 2021.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 330.

1.1 Distinção entre os regimes jurídicos da responsabilidade civil contratual e extracontratual

Há, sem sombra de dúvidas, uma importância na distinção da responsabilidade contratual e extracontratual/aquiliana, pois são regimes jurídicos distintos apresentados, como nos ensinam Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald³⁴, inclusive apresentando diversas distinções de forma objetiva.

A primeira dessas distinções diz respeito à gradação de culpa, e nesse contexto gradação de culpa, em tese, não existe no sistema jurídico brasileiro de responsabilidade civil aquiliana, caminhando em igual sentido do esposado por Gustavo Tepedino ao atualizar a obra de Pereira³⁵, salvo algumas exceções, inclusive também citando o art. 944 do CC/2002 ao assentar que a reparação será de acordo com a extensão do dano.

Entretanto, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald³⁶ preconizam que, de forma excepcional, haverá redução do *quantum* reparatório nas hipóteses em que surgir evidente desproporção. Para ilustrar, citam o já mencionado art. 944 do CC/2002, isto no que se refere à responsabilidade civil aquiliana, pois, já na responsabilidade contratual, a intensidade da culpa será fator prévio e abstrato da isenção do dever de reparar, exemplificando, com os contratos gratuitos, a teor do art. 392 do CC/2002³⁷, já mencionado alhures, em referência à culpa no contrato benéfico, pois responde por simples culpa a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça.

Portanto, observamos a graduação da culpa sendo utilizada na responsabilidade contratual, diverso do que ocorre na responsabilidade extracontratual, salvo as exceções do art. 944 CC/2002.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 95.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 94.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 96.

³⁷ Vejamos: “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.”.(BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020).

Nessa mesma esteira, os autores precitados trazem a segunda diferenciação dos regimes de extensão da reparação do dano³⁸, esclarecendo que, na responsabilidade aquiliana, o juiz pode diminuir o *quantum* com arrimo no art. 944, parágrafo único, do CC/2002, ou mitigar o *quantum* a ser pago subsidiariamente pelo incapaz do art. 928 do CC/2002, porém, na responsabilidade contratual admitem-se as cláusulas limitativas do valor a indenizar, cláusula de não indenizar, observando-se os princípios gerais contratuais, como a ordem pública, dentre outros³⁹, como a impossibilidade aplicação da exclusão do dever de indenizar nas relações consumeristas, art. 39 do CDC.

A terceira diferenciação apontada⁴⁰ reside na autonomia privada nos negócios jurídicos, com o fim da inserção de cláusula penal ou cláusula de perdas e danos, para prefixar uma sanção ou para estabelecer uma prévia liquidação de danos, ou mesmo, conforme assinalado linhas atrás, para excluir a obrigação de indenizar, ao passo que na responsabilidade extracontratual os danos serão liquidados na maioria das vezes na fase de cumprimento de sentença, nos casos, evidentemente, em que as partes não optem por uma via alternativa de solução de conflitos diversa do Poder Judiciário.

Ao prosseguirem em sua explanação, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenthal⁴¹ trazem a lume o Enunciado nº 631 da VIII Jornada do Conselho da Justiça Federal⁴², que explicita, a licitude dessa previsão em contratos paritários da cláusula que exclui o dever de indenizar, ou a limitação de indenização⁴³.

Os autores em comento apontam como quarta diferença a oscilação no que toca à exigência de capacidade dos agentes, em que para haver a responsabilidade contratual, e a validade de qualquer relação obrigacional, requer capacidade de fato das partes ou o seu suprimento⁴⁴.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., loc. cit.

³⁹ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰ Ibidem, loc. cit.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 96.

⁴² Vejamos: “Art. 946: Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar).” (Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2020).

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 97.

⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

Nessa mesma esteira segue Cavalieri Filho⁴⁵, ao também apontar a questão como plano de validade da norma preexistente, ou seja, do próprio negócio jurídico.

Já na responsabilidade extracontratual o ordenamento pátrio permite, com alguns requisitos⁴⁶, que o incapaz se obrigue a indenizar, mesmo que a inimputabilidade exclua a possibilidade de praticar um ato ilícito penal. Para tanto, o autor reporta-se ao art. 928 do CC/2002⁴⁷, que versa justamente sobre a obrigatoriedade do incapaz de indenizar, com alguma mitigação e até exclusão do referido dever em caso de circunstância socioeconômica vulnerável.

A quinta diferença apontada por Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁴⁸ mencionam a questão do regime da mora e suas consequências, elucidando que, na responsabilidade contratual, a mora terá início a partir do momento do termo ajustado para cumprimento da obrigação, ou, não havendo a previsão contratual, da interpelação, com arrimo no art. 397 do CC/2002.

Ainda há a citação no caso de obrigação ilíquida ou, também, no caso de não existir fato anterior, que tenha constituído em mora o devedor.

Já na responsabilidade aquiliana, os autores trazem as disposições do art. 398 do CC/2002 e da Súmula 54 do STJ, em que a mora é presumida a contar do evento danoso.

Para reforçar esse posicionamento, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁴⁹ reportam-se ao Enunciado nº 163 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que versa, justamente, sobre a aplicação da regra do art. 405 do CC/2002, com a aplicação da incidência dos juros moratórios, com base na citação processual, quando da responsabilidade contratual, diferente da

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 381.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., loc. cit..

⁴⁷ Vejamos: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.” (BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020).

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., loc. cit.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 96.

responsabilidade civil extracontratual, na qual se aplicam os juros de mora a partir do evento danoso, por ser nesse momento que se considera em mora o autor do dano⁵⁰.

Como sexta diferenciação, os autores precitados⁵¹ apontam, no que tange à matéria de prova, que a vítima, na responsabilidade extracontratual, é obrigada a provar os pressupostos da responsabilidade de indenizar, ou seja, o ato ilícito, e que este é ilícito (culpa), o dano e o nexo causal⁵². Situação oposta ocorre na responsabilidade civil contratual, em que o lesado/credor somente precisa demonstrar por simples constatação o inadimplemento ou mora, cabendo ao devedor a prova de que o descumprimento a ele não pode ser imputável. Para tanto, reportam-se novamente ao entendimento do Enunciado nº 548 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁵³.

Para maior aprofundamento do tema, recorreremos ao entendimento de Cavalieri Filho sobre as distinções entre as duas classificações de responsabilidade em contratual e extracontratual, no tocante à prova⁵⁴, que, no entanto, em sua visão, cuida-se de culpa presumida, ao tratar do ônus da prova. A esse propósito, traz, de modo bastante oportuno, a mesma ponderação atinente ao credor na responsabilidade civil contratual, bastando demonstrar que a obrigação não foi cumprida, e que o devedor, para eximir-se do dever de indenizar, deverá demonstrar que não agiu com culpa, ou, então, que existiram as causas excludentes de responsabilidade.

Por fim, podemos apontar as classificações de obrigação como de resultado ou de meio, bem como subjetiva ou objetiva, as quais serão examinadas em tópicos específicos, porém, ainda temos a classificação como culpa presumida, segundo Cavalieri Filho.

⁵⁰ Vejamos: “Art. 405: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.” (Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2020).

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., loc. cit.

⁵² Ibidem, p. 98.

⁵³ Vejamos: “Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado.” (Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/601>>. Acesso em: 10 dez. 2020).

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 380.

A sétima distinção feita por Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald alude ao prazo prescricional, o que importa em uma importância de ordem prática⁵⁵ bastante relevante. Em face dessa relevância é que Cavalieri Filho⁵⁶ discute com profundidade a questão do prazo prescricional atinente às duas classificações de responsabilidade, bem como apresenta-a, na mesma linha de Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁵⁷, a distinção de aplicação, ensinando que o prazo prescricional de três anos é somente aplicável à reparação nascida por ato ilícito preconizado no art. 186 do CC/2002, ou seja, na responsabilidade aquiliana.

Não obstante, seja Cavalieri Filho, sejam Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald, corroboram com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que toca à aplicação do prazo de forma diferente para as reparações por dano contratual e extracontratual. Os autores frisam que, em 2018, o STJ se posicionou favorável à distinção dos prazos prescricionais, sendo decenal o prazo (REsp 1.280.825/RJ) para a reparação fundada em inadimplemento contratual.

Nessa linha, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁵⁸ afirmam que o prazo prescricional, na pretensão reparatória, em face do ilícito contratual (inadimplemento ou mora), deverá seguir a mesma sorte da obrigação principal inadimplida.

Essa assertiva ocorre sob o prisma da logicidade e da integridade da legislação civil, destacando a necessidade de que o credor tenha o mesmo prazo para exigir as três pretensões que nascem do inadimplemento, quais sejam, (1) o cumprimento daquilo que foi avençado; (2) se houver mora, ainda, pode-se exigir aquilo que foi avençado mais as perdas e danos decorrentes, caso existam; e (3) no inadimplemento definitivo, que não comporta mais interesse ao credor, como nos ensina Cavalieri Filho⁵⁹, a execução pelo equivalente ou resolução contratual, podendo, nas duas hipóteses, requerer o pagamento das perdas e danos decorrentes, no prazo decenal.

Assim, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁶⁰, bem como Cavalieri Filho⁶¹, propugnam que em todas as pretensões nascidas de inadimplemento

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 99.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 204.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., loc. cit.

⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 388.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 99.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 204.

contratual, incluindo a reparação por perdas e danos, deve-se respeitar o prazo decenal, conforme decidido pelo STJ.

Sem embargo, Cavalieri Filho⁶² traz jurisprudência mais antiga do STJ que remonta ao ano de 2013⁶³, já demonstrando a tendência da aplicação do prazo decenal nas obrigações de indenizar fundadas no inadimplemento contratual. No entanto, esse autor traz uma ligeira diferença daquela forma abordada por Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald⁶⁴, pois, ensina que, de fato, aplica-se a prescrição decenal, porém, há outro tipo de prescrição, especial, aplicável ao caso concreto, como a quinquenal do art. 206, § 5º, inciso I, do CC/2002, que trata da pretensão de profissionais liberais, dívidas líquidas constantes de instrumentos públicos ou particulares e, ainda, a pretensão do vencedor de haver do vencido aquilo que despendeu em juízo. Assim, a diferença entre as duas correntes doutrinárias está na exceção.

A oitava diferenciação apontada por Farias, Braga Netto e Rosenvald⁶⁵ alude ao foro de propositura de ação, pois na responsabilidade contratual será o domicílio do réu, salvo se não houve eleição de foro, ao passo que na responsabilidade aquiliana caberá ao foro do local do fato, já que, em tese, o juiz estaria mais próximo.

Assim, na linha do exposto, observamos a importância da distinção das obrigações, pois, embora ontologicamente nasçam da mesma forma – violação a uma norma preexistente – a natureza da norma nos traz consideráveis repercussões.

1.2 Da violação dos deveres anexos e responsabilidade civil contratual

Prima facie, os deveres anexos são conhecidos na doutrina pátria por outras denominações, como deveres laterais, secundários e instrumentais⁶⁶.

Os direitos em questão decorrem do princípio da boa-fé objetiva, como trata o art. 422 do CC/2002. Ainda, a esse propósito, Cláudia Lima Marques⁶⁷ apresenta essa denominação técnica de boa-fé objetiva, com o intuito de destacar a nova função e

⁶² Ibidem, loc. cit.

⁶³ REsp 1.317.745-SP e Ag-Rg no Ag. 1327784-ES.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 98.

⁶⁵ Ibidem, p. 100.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 390.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 206.

interpretação dada pela teoria moderna das relações contratuais de forma geral, e não apenas nos contratos submetidos ao código consumerista.

Importa destacar, de início, o princípio da boa-fé objetiva, pois, como poderemos observar, esta constitui o norte para o nascimento dos deveres anexos, os quais, quando violados, ensejam a devida reparação, bem como, em alguns casos, a resolução contratual mais perdas e danos decorrentes⁶⁸ do ilícito contratual – terceira forma de inadimplemento⁶⁹.

No que se refere aos contratos, Pereira⁷⁰ traz relevante contribuição ao examinar a questão do nascimento do princípio da boa-fé objetiva e sua importância no ordenamento jurídico.

Na concepção desse autor, a boa-fé objetiva, diferente da boa-fé subjetiva, cria os deveres positivos anexos, ao lado da prestação principal, devendo as partes contratantes colaborar mutuamente para a consecução do fim do contrato, desde que não importe em sacrifício de interesses legítimos próprios⁷¹.

Nesse mesmo sentido, Marques⁷² elucida algumas funções decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, como a criação dos deveres anexos, causa limitadora do exercício do direito subjetivo (abuso de direito), na concreção e interpretação dos contratos, em que, nessa mesma esteira, Pereira⁷³ preconiza que o princípio da boa-fé objetiva tem a função de interpretação dos negócios jurídicos e a função limitadora do exercício dos direitos, mediante a proibição do *venire contra factum proprium*, do *inciviliter agere*, que veda os comportamentos que violem a dignidade da pessoa humana, a da *tu quoque*, consistente na invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte tenha violado, como exemplo o art. 476 do CC/2002⁷⁴.

Podemos notar quão importante é a questão afeta ao princípio da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais em sentido *lato*, na medida em que ordenam o surgimento da obrigação de reparar o dano nas relações que tiverem os direitos contratuais anexos violados. Nessa linha, no magistério de Cavalieri Filho⁷⁵, a violação

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., loc. cit.

⁶⁹ Ibidem, p. 391.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 50.

⁷¹ Ibidem, p. 51.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. Op. cit., loc. cit.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 52.

⁷⁴ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 391.

aos deveres anexos impõe a responsabilidade civil contratual de forma objetiva, trazendo dois enunciados – um, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com o teor de que, positivado o princípio da boa-fé objetiva no Código Civil vigente, a violação aos deveres anexos constitui uma nova espécie de inadimplemento contratual, **independentemente de culpa**, ou seja, a culpa não é nem verificada. Nesse sentido, traz uma exceção ao regime da responsabilidade civil contratual, pois a culpa é presumida, vale dizer, subjetiva, porém, o devedor poderá provar as escusas, todavia, da forma como colocada, não há que se falar em escusas, no que tange à culpa decorrente quando decorrente de violação aos deveres anexos.

O segundo Enunciado trazido por Cavalieri Filho, o de nº 363, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reforça a assertiva de que os princípios da probidade e confiança são de ordem pública, cabendo à parte apenas demonstrar a existência da violação para ter a reparação correspondente, pois o **dano** é presumido, ou seja, *in re ipsa*.

Assim, verificamos a importância, no presente trabalho, do princípio da boa-fé objetiva no que toca às relações contratuais entre médico e paciente.

Pois bem, Lima Marques⁷⁶, ao explicar as funções na formação e execução dos contratos da boa-fé objetiva, examina a função de criação dos deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*) e também de deveres de conduta contratual, como o dever de informar, o dever de cuidado e o dever de cooperação, e, ainda, como fonte de responsabilidade civil por ato ilícito (*Vertrauenshaftung*), impondo novos e indisponíveis riscos profissionais no contrato.

Ainda sobre as condutas, merece destaque a posição da autora sobre a segunda função, pois se trata de uma função limitadora (*Schranken-bzw. Kontrollfunktion*), já que reduz a liberdade de atuação das partes, quando define quais são as condutas e as cláusulas abusivas, na medida em que há o controle da transferência dos riscos profissionais, e, também, liberta o devedor, no caso de não haver razoabilidade de outra conduta.

Uma indagação curiosa trazida para nosso campo de pesquisa acadêmica é: *seria o direito à informação direito anexo ou integrante da obrigação principal nos serviços médicos?*

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 206.

Em razão da importância do direito à informação na formação da autonomia do paciente, neste tipo de contrato, nossa resposta seria que esse direito integra a obrigação principal, na medida que estamos diante de um direito de informação qualificada, ou seja, de apoio a tomada de decisão pelo paciente, com o aconselhamento e esclarecimento para o consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

Entretanto, para Scaff⁷⁷, seria dever lateral, ou seja, anexo do contrato, assim, se posiciona:

“(...) o *consentimento informado* constitui-se num dever lateral do atendimento médico, relacionado com aquelas obrigações principais, concernentes à realização do tratamento indicado pela melhor conduta e à organização do processo clínico. Ademais, coexiste o dever de obtenção do *consentimento informado* com outros deveres laterais que são próprios a tais atividades, como, por exemplo, a garantia do sigilo quanto a questões afeitas ao paciente ou aquele da necessária comunicação aos órgãos públicos, quando constatada a existência, em algum paciente, de moléstia com potencial epidêmico.

Representa a obtenção do *consentimento informado*, portanto, o dever do agente de saúde de informar, confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento do paciente para a realização de cada um dos diversos procedimentos indicados para o tratamento em curso.” (grifos do autor)

Prima facie, denota que, para os contratos de serviço médico, o direito à informação não seria um direito derivado da obrigação principal, mas sim parte da obrigação principal, como, fazendo uma analogia, no corpo humano o coração é indispensável ao organismo como um todo.

Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald trazem a lume o acórdão exarado no REsp nº 332.025-MG⁷⁸, manifestando a importância do dever de informação, direito esse considerado anexo, na forma defendida pelos esses autores⁷⁹.

⁷⁷ Scaff localização 882

⁷⁸ O acórdão do Relator Ministro Menezes de Direito, da 3ª Turma do STJ, condenou, em 2002, um médico a indenizar a paciente em razão de erro médico. Vejamos: “*Examinada a prova dos autos pelo acórdão recorrido, com a indicação de que faltou o médico com o dever de informação sobre os riscos da cirurgia, ainda mais tratando-se de paciente obesa, com sua ausência durante o pós-operatório que teve complicações, aliada à falta de prova de ter a autora exercido atividade que teria causado o problema e, ainda, inexistente prova de especialização do médico para a execução do tipo de cirurgia realizada, presente está a Súmula nº 07 da Corte, não havendo as alegadas violações aos artigos 131 e 458 do Código de Processo Civil*” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-jun-18/stj_manda_medico_indenizar_paciente_minas_gerais>. Acesso em: 10 dez. 2020. g.n.).

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 1335.

Ao continuarmos perquirindo a respeito da questão dos deveres anexos, nascidos do princípio da boa-fé objetiva, iremos sempre nos deparar com o direito à informação, que, nas palavras de Lima Marques⁸⁰, trata-se de dever veiculado já na fase pré-contratual, quando o consumidor escolhe com quem contratar e o que contratar, indo ao encontro da autonomia da vontade, como ensina Pereira⁸¹, pois interfere na escolha, na liberdade de contratar, vale dizer, na autonomia contratual.

Em um primeiro momento, verificamos que pode ser um dever de conduta; a informação clara, honesta, compreensível; porém, *seria um dever anexo na relação médico-paciente?*

Essa indagação induz-nos a desbravar o que seria a prestação de serviço médico, pois pode ser a informação em si considerada, quando se busca um diagnóstico, por exemplo, ou anexa, como a informação sobre a maneira de se portar no pós-cirúrgico, ou mesmo as sequelas da intervenção médica, como os danos iatrogênicos⁸², dentre outros.

Para Scaf⁸³ assim, se pronuncia a respeito do contrato médico, in verbis:

“A realização do ato médico, no âmbito das relações privadas, concretiza-se ordinariamente mediante a prévia celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro.

Assim, usualmente as combinações acerca da realização de uma consulta clínica ou de uma intervenção cirúrgica são tratadas a partir da criação de um contrato direto e pessoal entre as partes, momento no qual são acertados o preço, o conteúdo do serviço a ser prestado, o prazo e as outras condições da contratação. Realizam-se, pois, os atos usuais à criação de um negócio jurídico dessa natureza de acordo com o gênero por vezes tipificados na legislação ordinária.

Naturalmente, não nos remetemos, quanto ao modelo referido acima, àqueles atos médicos realizados pura e simplesmente em virtude da imposição do dever ao profissional da Medicina em atender, emergencialmente, aquele que necessite de seus préstimos e de seus conhecimentos técnicos, quando a intervenção poderá prescindir mesmo do acordo de vontades de todas as partes envolvidas na relação estabelecida. Nesse caso, ocorrerá o surgimento de meros

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 212.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 53.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, passim.

⁸³ scaf

atos jurídicos, praticados pelo agente de modo consciente e voluntário, capazes de gerar consequências lícitas ou ilícitas, inclusive pretensões à reparação do dano causado.”

Ainda, Scaf conclui⁸⁴, *in verbis*:

“Portanto, o contrato que dará, em princípio, suporte à realização dos atos médicos terá a natureza e as características básicas daqueles de prestação de serviços, ou seja, os caracteres nele existentes serão aqueles de um contrato bilateral, comutativo, consensual, oneroso, de execução instantânea – no caso de meras consultas e exames – ou continuada – na circunstância de vincular a tratamentos de mais longa duração.”

Portanto, temos que, casuisticamente, deve ser perquirida a questão nos contratos de prestação de serviço médico, pois, conforme salientado, às vezes, pode ser o próprio objeto do contrato no caso de diagnóstico, ou, ainda, pode ser um dever anexo de conduta⁸⁵, por exemplo, como se portar no pós-operatório.

Outra situação que poderia fazer diferença na questão, diz respeito à classificação que Lima Marques⁸⁶ nos oferta ao citar as lições de Junqueira Azevedo, segundo o qual, no momento pré-contratual, trata-se de deveres e somente com o contrato passam para obrigações acessórias, secundárias ou anexas.

Assim, se a informação não foi dada na fase pré-contratual – por exemplo, os riscos de uma cirurgia plástica a ser contratada –, estaríamos diante de um dever inadimplindo, porém, se o contrato entre as partes do serviço médico está em execução, e não é dada a informação de como se comportar no pós-operatório, estaríamos diante da violação contratual anexa, restando o inadimplemento contratual anexo.

No entanto, se a informação acerca do diagnóstico é o que se contrata, esta constitui a própria obrigação, mas, ainda persistindo o direito à informação de forma anexa, no que tange à prestação como um todo – por exemplo, os malefícios de uma radiografia, a aplicação de substância para o contraste em exames de ressonância magnética. Nesse caso, estaríamos diante do direito à informação ínsita no contrato, que tem por objeto uma informação, vale dizer, o diagnóstico, mas também, com o

⁸⁴ Scaf

⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 209.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 210.

consentimento livre e esclarecido do paciente mediante a informação prestada pelo profissional da saúde.

Para esclarecer a questão, trazemos as noções neste ponto de Scaf⁸⁷, nos tratamentos médicos de longa duração, infra:

“Assim, em especial nos contratos que se refiram a tratamentos médicos de longa duração, coloca-se o ponto da verificação da existência daquilo que por vezes se indica, genericamente, como o estado de “boa-fé” do profissional que presta o serviço, a ser avaliada não apenas no momento específico da contratação dos serviços, mas durante toda a sua execução, boa-fé esta que se encontra vinculada à obtenção e ao respeito do consentimento do paciente acerca do tratamento que deverá ser iniciado.”

Ainda temos a questão da produção de laudo médico, parecer ou mesmo uma opinião que trata de uma obrigação principal como núcleo do objeto contratual, ou seja, aquilo que foi contrato para ser executado.

Assim, verificamos que temos a posição de Scaff no sentido do dever de informação como lateral/anexo quando há uma obrigação principal, por exemplo, uma intervenção cirúrgica, porém, se colocarmos os diversos objetos dos contratos médicos, dentre eles, a produção de um laudo estaremos diante de uma obrigação principal, pois trata-se daquilo que foi contrato, embora, haja o dever de informação quando da contratação desse serviço médico, mas, aparecendo de outra forma, como por exemplo, sobre as cláusulas contratuais de pagamento.

1.3 Do inadimplemento absoluto e relativo (mora) contratual e suas repercussões na responsabilidade civil

Consoante delineado até aqui, o presente estudo visa analisar a responsabilidade civil contratual nas relações entre médico, profissional liberal, e paciente. Reiteramos que essa responsabilidade nasce da violação do contrato, seja da violação à prestação contratual ou das obrigações anexas. Daí resulta o conceito de ilícito contratual.

⁸⁷ Scaf

Venosa, ao explicar sobre a responsabilidade civil contratual, trouxe o art. 392 do CC/2002, que em sua parte final preconiza que, quando o contrato for oneroso, os contratantes respondem por culpa.

Daí, já extraímos que o conceito de ilícito contratual também passa pela culpa, como na *aquiliana*, mas qual culpa contratual é essa?

O autor⁸⁸ em comentário diz, ainda, que a culpa é em sentido amplo, tanto o descumprimento voluntário, em que o devedor não cumpre a obrigação por dolo, ou quando se comporta com negligência, imprudência ou imperícia. Venosa arremata que, no campo das obrigações, o mero não pagamento pelo devedor já caracteriza, como **regra geral**, o inadimplemento culposo.

A propósito, Venosa⁸⁹, ao trazer o conceito atinente à mora, diz ser esta o retardamento no cumprimento da obrigação ou cumprimento defeituoso culposo; no caso da mora *solvendi*, ou seja, do devedor, a culpa é elemento essencial.

Tartuce⁹⁰ explica que a perturbação das prestações obrigacionais é o gênero da qual extraímos as espécies, quais sejam, inadimplemento absoluto e mora (inadimplemento relativo), mais a violação positiva ao contrato (deveres anexos), assim, estariam aqui os institutos jurídicos que trariam o primeiro pressuposto da responsabilidade civil contratual, qual seja, o inadimplemento, qualificado pela culpa.

Porém, ainda de acordo com os ensinamentos de Tartuce⁹¹, a violação dos deveres anexos gera responsabilidade sem culpa. Em outras palavras, a violação dos deveres anexos vai ensejar a reparação de forma objetiva, sem perquirir a culpa, diverso do que ocorre no inadimplemento absoluto ou no relativo (mora), os quais exigem a culpa, porque o dano decorre do próprio fato na violação dos deveres anexos.

Nessa linha, ao examinar a questão da mora, o autor⁹² diz que o art. 396 do CC preconiza que, não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, este não estará em mora. Explica, ainda, que a culpa genérica, em sentido *lato*, é fator necessário para a caracterização da imputabilidade pelo inadimplemento, reportando-se ao

⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010. p. 330.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 316.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 220.

⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil, *passim*.

⁹² *Ibidem*, p. 224.

entendimento de Agostinho Alvim, em sua obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, de 1949.

Ainda no campo da culpa como elemento do inadimplemento contratual, Pereira apoia-se nos ensinamentos do jurista belga De Page⁹³, ensinando-nos que o fundamento da responsabilidade contratual se assenta na ideia de culpa, **havendo responsabilidade quando ocorre a inexecução imputável ao devedor por culpa.**

No caso de imputação da inexecução, e sendo esta mediante culpa, temos a equação do inadimplemento contratual, para fins de aferição do dever de indenizar.

Entretanto, a culpa seria presumida, pois o contrato, quando celebrado, é para ser cumprido, sendo sua inexecução fim diverso do buscado no momento da celebração do negócio jurídico.

Porém, a imputabilidade tem papel central na responsabilização contratual por danos oriundos da inexecução, e não na culpa em sentido estrito, pois o que se imputa é a culpa na inexecução do contrato, ou na execução falha. Nesse caso, chama-nos atenção a exclusão da culpa em caso fortuito ou de força maior, no qual o descumprimento não é imputável ao devedor; porém, na inexecução do contrato por conta das excludentes, caso fortuito ou de força maior, o que se exclui é o nexo de causalidade⁹⁴, e não a culpa, portanto não imputável o dano a conduta do agente.

Diante do exposto até aqui, inferimos que a culpa é ínsita ao inadimplemento contratual, na medida em que, sem ela, não há que se falar em nenhuma forma de inadimplemento. Em outras palavras, não há ilícito contratual, na medida em que, no caso fortuito ou de força maior, não há culpa, no entanto, o que se exclui é o nexo de causalidade, como já enfatizado.

Já no caso de inadimplemento relativo (mora), sustenta Cavalieri Filho⁹⁵, a mora do devedor só se configura por fato ou omissão imputável ao devedor e com culpa, sendo ainda, de acordo com esse autor, a culpa uma elementar na mora do devedor.

Ao conceituar mora, Cavalieri Filho descreve-a como o retardamento culposo⁹⁶, porém, ressalva que se trata somente do caso da mora *solvendi*, do devedor.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 322.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 383.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 384.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 388.

Assim, podemos afirmar que a legislação brasileira, ao tratar do inadimplemento, conceitua-o como inexecução culposa, porém, esta é presumida no ordenamento jurídico nacional, como decorre das disposições dos arts. 248, 389 e 475, todos do CC/2002.

Salientamos, também, os ensinamentos de Pereira⁹⁷ a esse respeito, ao asseverar que, no que toca à responsabilidade contratual e à extracontratual, uma é distinta da outra, porém, mais precisamente no campo da prova. Isso porque, na extracontratual, a vítima tem que provar todos os elementos da responsabilidade civil, ao passo que na contratual a culpa é presumida, ficando o credor em posição mais vantajosa, pois o contrato delinea a norma de conduta, e incorre em culpa aquele que se desvia do acordado, na medida em que a norma convencional já traz o comportamento esperado dos contratantes, estando eles adstritos à sua observância, uma vez que estão vinculados ao um dever específico.

Por fim, Pereira⁹⁸ disserta que na culpa extracontratual o lesado tem o dever de mostrar a existência de uma norma de comportamento, ao que na contratual, ela já existe, respondendo o infrator, no entendimento do estudioso, pelos efeitos da sua inadimplência, pelo dever de obediência ao avençado entre as partes.

Assim, podemos concluir que o inadimplemento, conceitua-o como inexecução culposa, sendo esta presumida em função da obrigação estabelecida entre as partes, como por exemplo, o contrato, como decorre das disposições dos arts. 248, 389 e 475, todos do CC/2002, sendo a questão da diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual a questão da produção da prova, ou seja, na primeira a culpa é presumida, devendo o devedor elidir tal presunção, já na segunda não há presunção, na medida que não há dever consensual pré-estabelecido.

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 322.

⁹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

2 DA DICOTOMIA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA–OBJETIVA

A responsabilidade civil aquiliana, conforme já assinalado neste trabalho, é subjetiva e tem como fonte a norma estatal, inclusive com a exclusão das declarações de vontade no que tange à fonte.

A responsabilidade subjetiva consiste na aferição da culpa, sendo esta sua elementar, importando nas consequências de como será caracterizada a fonte, ou seja, se for contratual ou extracontratual, como veremos ao longo deste capítulo, porém, é importante ressaltarmos que a fonte nos traz importantes distinções.

Ao dissertar sobre a responsabilidade subjetiva, Pereira⁹⁹ esclarece que nasce do ato ilícito, e adiante, neste estudo, veremos que ontologicamente a responsabilidade contratual tem a mesma base fundada na culpa, por isso a defesa de muitos doutrinadores, como o próprio Pereira, no sentido de não haver razão para a dicotomia responsabilidade contratual–responsabilidade extracontratual. Entretanto, do nosso ponto de vista, e pelo já exposto alhures, a classificação ganha relevância nas consequências.

Pereira¹⁰⁰ apresenta de forma preliminar as diversas definições de fato jurídico, inclusive, a definição de fato jurídico de Saviny, qual seja, a de que se trata de “acontecimento em virtude do qual começam ou terminam, as relações jurídicas, a que se poderia ainda aditar a possibilidade de se destinar à conservação e à modificação dos direitos”.

Para corroborar essa definição, Pereira¹⁰¹ assenta que: “O fato é o elemento gerador do direito subjetivo e, conseqüentemente, da obrigação que lhe é correlata – *ius et obligatio correlata sunt.*” Isso, porque o direito nasce do fato, e a norma traz um efeito para esse fato, uma possibilidade, ou seja, o fato só é relevante para o ordenamento jurídico, se tiver uma consequência prevista em alguma norma em sentido lato.

Ainda sobre o fato, o estudioso em questão diz que o fato humano voluntário repousa nos efeitos jurídicos, e que não há falar-se de voluntariedade de efeitos nem de uma consciência do resultado, pois o que importa é a relação mecânica de causa e efeito entre o fato voluntário humano e sua consequência jurídica.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, passim.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 38.

¹⁰¹ Ibidem, loc. cit.

Pereira¹⁰² prossegue seus ensinamentos, conceituando os fatos humanos como ato jurídico, o qual abrange o comportamento apto a gerar efeitos jurídicos. Define ato lícito como a conduta individual em harmonia com a ordem jurídica.

Ainda na esfera do conceito amplo de ato jurídico, existem os que “determinam necessariamente consequências jurídicas *ex lege*, independentemente de serem, ou não, queridas pelo agente”¹⁰³, sendo os atos jurídicos *lato sensu*, compreendendo toda espécie de declaração volitiva a que se atribui efeito jurídico, e que, consoante salientado, independe da vontade do agente.

Nessa categoria, consoante Pereira¹⁰⁴, há os negócios jurídicos, cujo elemento gerador é uma declaração de vontade, destinada a produzir efeitos queridos diretamente pelo agente, e nisso se diferencia do ato ilícito em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia), pois, os efeitos não são queridos pelo agente.

Como podemos notar, de um lado, há os atos lícitos, que são aqueles praticados em consonância com o ordenamento jurídico, havendo uma relação mecânica de causa e efeito, ou seja, independem da vontade do agente; e, de outro lado, temos os atos jurídicos – negócios jurídicos –, que procuram produzir efeitos perseguidos pelo agente.

De outra banda, existem os atos ilícitos, os quais nos interessam a princípio, para que possamos entender a responsabilidade civil na sua vertente subjetiva, pois caracterizam procedimento (conduta) em desconformidade com o ordenamento legal, com a violação da proibição, ou seja, de um mandamento do direito.

Ainda na esteira da comparação, Pereira¹⁰⁵ disserta que os atos jurídicos em sentido estrito, jurídicos, são aptos a gerar direitos ou deveres para o agente, de acordo com o que se buscou com a declaração de vontade. Situação diversa ocorre com os atos ilícitos, na medida em que, por serem contrários ao direito, somente dão origem a uma obrigação, quando causarem danos, e ofenderem ou contrariarem o direito de outrem, trazem o rigor da lei ao agente.

Daí resulta que, havendo contrato, este irá se transformar, ou seja, não se discutirá mais a relação contratual em si, ou seja, as obrigações, mas sim, os danos, e, quando não há relação jurídica preexistente, faz nascer uma relação jurídica, com

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, passim.

¹⁰³ Ibidem, p. 39.

¹⁰⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁰⁵ Ibidem, loc. cit.

as consequências impostas pela lei, embora se defenda na primeira hipótese uma transformação, não se esquecendo da doutrina alemã quanto às obrigações.

Pereira¹⁰⁶, ao discorrer sobre a doutrina tradicional da responsabilidade civil, apresenta o conceito romano do delito e do quase-delito, asseverando que essa concepção desapareceu nos tempos modernos, pois o que importa hoje é a conduta do agente, independentemente de se avaliar o dolo ou a culpa, como era na concepção do delito e do quase-delito, nas lições romanas¹⁰⁷.

Na responsabilidade civil subjetiva o foco é a figura do ato ilícito, “como ente dotado de características próprias, e identificando na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos”¹⁰⁸.

Ainda na esteira do ato ilícito, não podemos desconsiderar outras lições que nos são importantes, como a de Cavalieri Filho ao dissecar o ato ilícito.

Assim, ato ilícito, em sentido estrito, é assim definido por Cavalieri Filho¹⁰⁹:

“[...] o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram.”

O autor precitado prossegue sua explanação, elucidando que os elementos da responsabilidade civil são a conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo de causalidade, sendo o fundamento da responsabilidade subjetiva, ou seja, seu núcleo elementar é a culpa, sem a qual não se pode falar de ato ilícito. Por fim, Cavalieri Filho arremata pontuando que “na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para a sua configuração”¹¹⁰.

Na visão de Cavalieri Filho¹¹¹, culpa e ato ilícito são coisas distintas, sendo a culpa parte do ato ilícito, e este só existiria quando se verificar a culpa, responsabilidade subjetiva.

Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald destacam que a demarcação dos confins entre o ilícito civil e a culpa constitui uma das mais angustiantes inquietações da doutrina, pelo que apresentam as seguintes indagações: “Seriam [o ato ilícito e a

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 40.

¹⁰⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, p. 579/593.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., loc. cit.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 22.

¹¹⁰ Ibidem, loc. cit.

¹¹¹ Ibidem, passim.

culpa] sinônimos? A relação seria de gênero e espécie? A culpa seria elemento do ilícito?”¹¹²

A propósito da última indagação, como adiantamos linhas atrás, para Cavalieri Filho¹¹³, a culpa seria elemento do ilícito civil.

Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald¹¹⁴ se distanciam das ideias apregoadas por Cavalieri Filho¹¹⁵ acerca do assunto, pois preconizam que o ilícito independe da culpa, embora às vezes esteja presente. É o que veremos a seguir.

Primeiro, Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald¹¹⁶ argumentam que o fato ilícito é um gênero com diversas eficácias, dentre as quais a mais famosa é a eficácia reparatória do art. 186 do Código Civil brasileiro e que o fenômeno do ato ilícito se concentra na soma dos elementos antijuridicidade e imputabilidade, sendo a soma destes o cerne do suporte fático da ilicitude, uma vez que, na falta de qualquer um dos dois elementos, inexistente o fato ilícito, seja qual for a circunstância.

Desse pensamento, decorre a assertiva dos autores de que o ilícito e a culpa são conceitos distintos, não se confundem:

“O fato de o comportamento antijurídico do agente ser qualificado como voluntário não guarda qualquer relação com o processo psicológico que oriente a atividade humana. Um ato é qualificado como antijurídico por objetivamente divergir da conduta exterior que a norma indica como correta. Destarte, mesmo na falta de um evento danoso, por vezes o ordenamento jurídico não renunciará à possibilidade de aplicar uma sanção a um ato ilícito. Portanto, o núcleo do ilícito independe da culpa ou do dano e se contenta com a antijuridicidade do ato comissivo ou omissivo.”¹¹⁷

Para validar a ideia, trazem um exemplo prático, no qual recorrem aos direitos à personalidade para afirmar que, quando se utiliza da tutela inibitória, na concessão de medida liminar de ordem preventiva àquele que busca a proteção de um dos atributos existenciais, será dispensada qualquer demonstração de culpa ou mesmo de dano concreto, bastando a demonstração da iminência da prática de um ato ilícito.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 247.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 23.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., loc. cit.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, loc. cit.

¹¹⁶ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁷ Ibidem, loc. cit.

Evidentemente, pela ótica dos autores precitados, há o ilícito, no caso conduta antijurídica, e citam o parágrafo único do art. 12 do CC/2002, que assim disciplina a matéria:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, **sem prejuízo de outras sanções** previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”¹¹⁸(g.n.)

Portanto, em um primeiro momento, menciona-se a cessação da ameaça ou da lesão, podendo o lesado reclamar perdas e danos, ou seja, a responsabilidade civil aparece, sendo subjetiva, porque amparada no ato ilícito.

Cavaliere Filho, ao examinar o ato ilícito, divide-o em estrito e amplo; em sentido estrito, é o conjunto dos pressupostos da responsabilidade¹¹⁹, sendo necessários, para a caracterização da responsabilidade subjetiva, a conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Assim, Cavaliere Filho trata a culpa como o fundamento básico da responsabilidade subjetiva¹²⁰.

Ainda, o autor precitado refere-se à culpa como elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa, e, na responsabilidade objetiva, a culpa não é mais um pressuposto necessário para sua configuração. Já em sentido amplo, o ato ilícito somente indica a ilicitude do ato, sendo a conduta humana antijurídica, sem referência ao elemento psicológico, ou seja, o elemento subjetivo da conduta.

Assim, ao compararmos as lições de Cavaliere Filho com as lições de Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald, temos que, quando estes tratam de ilícito sem reparação, estão se referindo a uma sanção, e, assim, estamos diante do ato ilícito em sentido amplo, consoante entendimento de Cavaliere Filho¹²¹, que conclui:

“[...] o conceito estrito de ato ilícito, tendo a culpa como um dos seus elementos, tornou-se insatisfatório até mesmo na responsabilidade subjetiva. Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente da violação de dever jurídico preexistente.”

¹¹⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020.

¹¹⁹ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 18.

¹²⁰ Ibidem, passim.

¹²¹ Ibidem, p. 22/23.

Releva trazermos a lume interessante lição ministrada por Humberto Theodoro Junior no tocante ao duplo aspecto do ato ilícito como *lato* e como *stricto*, trazidos por Cavalieri Filho.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹²²:

“O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A *ilicitude* ocorre quando *in concreto* a pessoa se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atitantes com a lei). Há, porém, uma ideia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente *ato ilícito*, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a *ilicitude* não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter.”

Assim, a responsabilidade civil subjetiva é a que está no art. 186 c/c art. 927, ambos do CC/2002, sem prejuízo do ato ilícito em sentido amplo, como ocorre na responsabilidade objetiva, nos termos do parágrafo único do art. 927, também do diploma civil, além, do conceito do art. 187, do mesmo *Codex*.

No entendimento de Cavalieri Filho¹²³, esse dispositivo (art. 187 do CC/2002) formulou um conceito abrangente de ato ilícito, do qual a culpa não faz parte, sendo apenas aferido pelos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico e social do Direito, sendo o abuso de direito uma visão objetiva, independente da culpa, pois se trata de valores ético-sociais em defesa do bem comum.

Cavalieri Filho¹²⁴ inicia a dissertação sobre o ato ilícito (responsabilidade civil subjetiva) da seguinte forma:

“Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Entendemos mais correto falar em conduta culposa, e isso porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual.”

Para o autor, a culpa só terá relevância se atrelada a uma conduta humana, sendo a conduta humana culposa que causa dano, dando causa ao dever de reparar. Ainda, sustenta que o ato ilícito tem por elemento a conduta humana voluntária,

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 22.

¹²³ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 39.

contrária ao Direito, sendo essa conduta gênero que possui as espécies ação e omissão¹²⁵.

Ao conceituar a conduta, diz que constitui “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”¹²⁶.

A ação ou omissão, explica Cavalieri Filho¹²⁷, é o aspecto objetivo e físico da conduta, é o que se exterioriza, sendo a vontade o aspecto psicológico, subjetivo. Aqui, quando se fala na vontade, não se trata da vontade de causar o dano, mas sim da vontade de praticar a conduta em si.

O autor mostra-nos o que seriam a ação e a omissão, sendo a primeira a forma mais comum da exteriorização da conduta na responsabilidade, pois há o dever de se abster a praticar atos que possam causar dano a outrem. Cavalieri Filho fala, inclusive, em dever geral de abstenção¹²⁸.

Já na omissão, a natureza da conduta é normativa e não naturalística; trata-se de imposição pelo Direito¹²⁹. Em outras palavras, “É abstenção de atividade que o omitente podia e devia realizar. Não é mero não fazer, mas, sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era imposto ao omitente pelo Direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização”¹³⁰.

A relevância não é só para a responsabilidade subjetiva extracontratual, mas também para a contratual, pois, diz Cavalieri Filho:¹³¹

“Assim, a omissão tem relevância jurídica quando o Direito impõe o dever de agir, dever de praticar um ato para impedir determinado resultado, dever este que, como veremos, pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do omitente, criando o risco da ocorrência do resultado.”

Nessa linha, podemos citar como exemplo o caso do médico contratado pelo paciente, ou que está adstrito ao atendimento de um paciente, e que, ao deixar de fazê-lo, responderá pela falta desse atendimento, uma vez que tem a função de

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 39.

¹²⁶ Ibidem, p. 40.

¹²⁷ Ibidem, loc. cit.

¹²⁸ Ibidem, loc. cit.

¹²⁹ Ibidem, loc. cit.

¹³⁰ Ibidem, loc. cit.

¹³¹ Ibidem, loc. cit.

garantir o atendimento, constituindo sua omissão uma violação ao dever preexistente, como bem preconiza Cavalieri Filho¹³².

Ainda, ao versar sobre a imputabilidade, o autor em comentário deixa claro que “O agente só pode ser pessoalmente censurado quando, em face das circunstâncias concretas da situação, seja possível afirmar que ele devia e podia ter agido de outro modo.”¹³³.

Sem entrar no mérito da imputabilidade dos incapazes, Cavalieri Filho¹³⁴ ministra importantes lições, principalmente, ao preconizar que a responsabilidade subjetiva não decorre apenas da conduta ou do fato lesivo, mas exige uma conduta culpável, reprovável, sujeita a um juízo de censura. O autor esclarece que o agente só pode ser censurado, se das circunstâncias concretas for possível afirmar que ele devia e podia ter agido de outro modo.

Há o desdobro deste juízo de reprovação, de imputabilidade, de forma sucessiva. Primeiro, sendo necessário que o agente tenha a capacidade de entender o que está fazendo e, assim, determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, entender qual conduta está a praticar. Em um segundo momento, é necessário que essa mesma conduta se tenha desviado daquilo que era exigível pelas circunstâncias concretas da situação¹³⁵.

Ainda nessa linha de esclarecimento, Cavalieri Filho¹³⁶ apresenta o conceito de imputação:

“Imputar’ é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”.

Com essa conceituação, Cavalieri Filho¹³⁷ nos traz dois elementos que compõem a imputabilidade, quais sejam, a maturidade e a sanidade mental. Refoge, aqui, a nosso escopo versar sobre os pormenores dos elementos, portanto, sua menção é tão somente para registro de sua existência.

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 40.

¹³³ Ibidem, p. 41.

¹³⁴ Ibidem, loc. cit.

¹³⁵ Ibidem, p. 40.

¹³⁶ Ibidem, p. 42.

¹³⁷ Ibidem, loc. cit.

Por fim, verificamos que a responsabilidade civil é mais complexa do que apenas falar em culpa e ato ilícito, por isso, no item a seguir, examinaremos com mais profundidade a questão da culpa como elemento da responsabilidade civil extracontratual e contratual.

2.1 Da culpa

Em um primeiro momento, examinamos a responsabilidade subjetiva, para, então, ingressarmos na abordagem da responsabilidade objetiva, e não há como encerrarmos o exame da responsabilidade subjetiva sem tecermos os comentários necessários ao escopo do presente trabalho, sem estudarmos a questão da *culpa*, uma vez que esta constitui o cerne da responsabilidade civil subjetiva, e até mesmo quando se fala em responsabilidade civil objetiva. Isso porque a responsabilidade civil objetiva só é assim conceituada em face da inexistência do elemento culpa como pressuposto, porém, nasceu da discussão da culpa como elemento incompleto para as demais questões em que se fazia necessária a reparação, e esta não ocorria pela dificuldade da comprovação da culpa pela vítima.

Na concepção de Pereira¹³⁸, a culpa “se assenta na ideia de que um dado comportamento sujeita o agente à reparação, desde que se configurem certos requisitos”.

Cavaliere Filho, por sua vez, preconiza que a conceituação de culpa *lato sensu*¹³⁹:

“[...] indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado.”

Pereira¹⁴⁰, por sua vez, acentua a dimensão do problema na definição da culpa, decorrente do debate existente na doutrina em que as ideias se integram e se excluem, destacando algumas que representam rumos determinados, ou, se originam em paradigmas para as respectivas épocas.

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 86.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade**, p. 45.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., loc. cit.

O referido autor traz, por exemplo, a concepção de Demogue, que na definição de culpa opta por uma distinção entre “condição objetiva” e “condição subjetiva”, e menciona: “uma ofensa ao direito e o fato de ter percebido ou podido perceber que se lesava um direito alheio”, em clara referência à definição que faz da “condição subjetiva”¹⁴¹.

Ao examinar a questão da “condição objetiva”, Pereira¹⁴² reporta-se novamente a Demogue ao argumentar que: “é preciso observar que o limite dos direitos não é coisa simples” e, ainda, traz as lições de Savatier¹⁴³ para lembrar que este, ao definir a culpa, assevera ser “impossível fazê-lo sem partir da ‘noção de dever’, que ele analisa em várias hipóteses ou espécies (deveres legais, deveres de família, deveres morais, obrigações de observar os regulamentos, dever geral de não prejudicar outrem etc.)”.

Para corroborar todo esse processo analítico, acentua:

“A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se o conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil ou, em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples; fora destas matérias contratuais, denomina-se quase delito”¹⁴⁴.

Pereira¹⁴⁵ explica que, para Savatier, o que está na base do conceito de culpa é a distinção do delito e quase-delito, ou, ainda, a violação voluntária e involuntária de um dever.

Como já assinalado alhures, o conceito de delito e quase-delito de base romana estaria superado, porém, a análise apresentada linhas atrás tem o condão, justamente, de propiciar a compreensão mediante a evolução do conceito até a atualidade e entender o que seria, hoje, o conceito de culpa.

Porém, ao trazermos à baila a questão do conceito de delito e quase-delito¹⁴⁶ do Direito Romano, observamos que é a gênese da classificação atual da culpa, sendo caracterizada por culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) e por dolo, pois ambos partem da generalidade do conceito de culpa.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 88.

¹⁴² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, p. 579.

Nossa assertiva é corroborada por Pereira, que se reporta a Leonardo A. Colombo¹⁴⁷, cujo raciocínio se dá em “dois sentidos”, pois há o conceito de culpa mais amplo, abrangendo a culpa *stricto sensu* e o dolo, e outro restrito, abrangendo somente a culpa em sentido estrito.

Pereira também se reporta a Henocho Domingo Aguiar, que conceitua a culpa de forma genérica¹⁴⁸ ao asseverar que ela “envolve a ideia de toda falta de um dever jurídico”, explicando que: “Em sentido amplo, *lato sensu*, ‘com o sentido de *iniuria* da Lei Aquila, compreende também a ofensa dolosa’, ao passo que, no sentido estrito, reside a ‘ideia de previsibilidade das consequências de nossos atos voluntários’”.

Na esteira da doutrina francesa, ressaltando que essa doutrina nunca pode ser omitida, Pereira faz referência a Marcel Planiol, sustentando a grande importância desse doutrinador¹⁴⁹, segundo o qual: “culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem”. Por fim, Pereira¹⁵⁰ salienta que “a culpa é o elemento capital da responsabilidade civil, enunciando-se, em termos gerais, que incide em culpa aquele que age como não devia agir”.

Ainda, Pereira, resumindo o conceito de Planiol, Ripert e Boulanger¹⁵¹, diz: “depois de enunciar que a culpa como ente abstrato consiste em ‘*não se conduzir como se devia conduzir...*’”, e finaliza com a assertiva de que se trata da noção originária de Marcel Planiol, colocando-a como a “*falta a um dever preexistente*”.

Pereira¹⁵², também se reporta a B. Stark, que, nessa mesma toada de raciocínio, vê na culpa “um comportamento diverso de como a pessoa, segundo a mentalidade média, deverá comportar-se”.

Na evolução do conceito, Pereira reporta-se à seguinte assertiva de Marty e Raynaud¹⁵³:

[...] tendo em vista falharem os critérios de procurar a culpa como um ato ilícito ou um dever violado, marchou-se na procura de ‘métodos mais realistas’. Ela consiste, dizem eles, em não se ter comportado como se deveria fazê-lo – o que, em verdade, é dizer a mesma coisa.”

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 89.

¹⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁹ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁵¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁵² Ibidem, p. 90.

¹⁵³ Ibidem, loc. cit.

Na concepção dos irmãos Mazeaud¹⁵⁴, pontuada por Pereira¹⁵⁵, a culpa incide “...quando não se age como seria necessário: ‘comete-se um erro de conduta’. Mas acrescentam: não existe aí, ainda, uma definição, mas simplesmente uma indicação do sentido no qual é necessário dirigir as pesquisas”.

Pereira recorre a lições de outros doutrinadores¹⁵⁶, conforme transcrevemos a seguir:

“Enveredando depois pelas noções de culpa como erro de conduta, que se vai prender a François Geny, e que é explicada por Colin e Capitant, ao dizerem estes que um homem incide em culpa ‘quando este homem não se conduziu como deveria ter de conduzir-se’.”

Ainda nessa linha de pensamento, as lições de Henri de Page a respeito da definição de culpa são trazidas a lume por Pereira¹⁵⁷:

“A culpa é, muito simplesmente, um erro de conduta; é o ato ou o fato que não teria praticado uma pessoa prudente, avisada, cuidadosa em observar as eventualidades infelizes que podem resultar para outrem. Este mesmo conceito de desvio de conduta relativamente ao comportamento diligente mostra-se em Esmein.”

Podemos notar que, ao analisar a questão em comento, os estudiosos são unânimes em “beber” da mesma nascente do Direito Romano. Observamos que mais interessante ainda é o fato de o dever jurídico nascer de uma fonte, qual seja, a lei ou o contrato. E é isso que ainda permeia no conceito de culpa até os dias atuais.

Pereira¹⁵⁸ prossegue em seu magistério sobre a conceituação de culpa, trazendo a figura do homem médio, o bom pai de família, o *pater familias* do Direito Romano, ao se reportar a Santos Briz:

“Não discorda Santos Briz, ao conceituar a culpa como desvio de um modelo ideal de conduta: modelo representado, uma vez, pela *fides ou bona fides*, e outras, pela diligência de um *pater familias* cuidadoso. A determinação do erro de conduta, acrescenta ele, é a previsibilidade, sem a qual um bom pai de família não teria cometido.”

Ora, resta cristalino o dever jurídico ínsito na conceituação da evolução do conceito de culpa, por isso que, como veremos adiante, neste trabalho, para impedir

¹⁵⁴ Os franceses Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. p. 90.

¹⁵⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

que, dano algum ficasse sem reparação, a culpa foi excluída da figura da responsabilidade objetiva, pois, de fato, nesta não caberia, uma vez que se fala em *risco*, pelo menos em um primeiro momento.

Por fim, ainda sobre a questão da evolução conceitual, recorreremos aos ensinamentos de Pereira¹⁵⁹ quando este se reporta a Chironi, que conceitua a culpa de forma mais analítica:

“A culpa aquiliana designa toda a ação ou omissão imputável, que violando direito alheio, sem ser por isso inadimplemento de obrigação contratual preexistente, excita a reação do ordenamento objetivo na tutela do direito ofendido, que se revela e manifesta com a ação de responsabilidade (e portanto de ressarcimento) contra o autor da injúria.”

Após essa incursão pelos conceitos históricos dos autores do Velho Continente acerca da culpa, importa salientar que, não obstante o brilhantismo propiciado pelos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, esse autor não aprofunda tanto o conceito de culpa, como o faz Caio Mário da Silva Pereira, porém, explicita em suas explanações a questão mais relevante no que tange à conceituação de culpa¹⁶⁰, conforme colacionado a seguir:

“Culpa *lato sensu* indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado.”

Foi-nos possível observar que, a despeito de há séculos vir sendo moldado, o dever jurídico violado permanece como a espinha dorsal do conceito de culpa, bem como sua essência.

Para complementar o raciocínio expresso, reportamo-nos a Flávio Tartuce¹⁶¹, quando esse autor defende a necessidade de um esclarecimento técnico, o que o faz embasando-se na obra de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para então ponderar:

“Na realidade, a culpa, do Direito Romano é diferente da culpa atual, pois a última, ao contrário da anterior, traz em seu conteúdo a ideia de castigo, por forte influência da Igreja Católica. Como os romanos eram essencialmente pragmáticos, a culpa era, antes de qualquer coisa, mero pressuposto do dever de indenizar. Em síntese, como aduz a Professora Titular da USP,

¹⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 91.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 45.

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 334.

tecnicamente, é incorreto usar a expressão aquiliana para denotar a culpa atual, contemporânea.”

Nessa linha de pensamento, retomamos as ideias de Pereira¹⁶², a respeito da evolução da culpa no ordenamento jurídico brasileiro.

Pereira¹⁶³ registra que a doutrina nacional se apoia no conceito de culpa construído pelo autor francês Marcel Planiol, que trata da violação da norma preexistente, sem embargo de amparo na ideia de erro de conduta.

O referido doutrinador brasileiro oferta a conceituação de culpa em doutrina própria, com arrimo nos autores, também nacionais, Silvio Rodrigues e Alvino Lima, ressaltando que este último (Alvino Lima)¹⁶⁴ “diz que a culpa é erro de conduta, moralmente imputável ao agente, e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais condições”.

Ao traçar as linhas gerais do art. 186 do CC/2002, Pereira entende residir no procedimento culposo um fato, e esse fato causa dano a outrem, independentemente da vontade ou da consciência do resultado da conduta pelo agente, a despeito de termos a figura do dolo, ínsita no conceito amplo de culpa. Essa questão também será objeto de apreciação, neste trabalho.

Nessa senda, Pereira reproduz o conceito de Clóvis Bevilacqua, criador do Código Civil de 1916, *in verbis*:

“Ato ilícito é a violação do dever ou dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação de direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se este dever se funda em um contrato, a culpa é contratual; e no princípio geral de direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios a culpa é extracontratual ou aquiliana.”

A despeito de, *prima facie*, mostrar-se repetitiva a menção a esse conceito, não podemos deixar de fazê-lo, na medida em que traz a evolução da culpa no ordenamento pátrio, mesmo que aparentemente se mostre como a definição de ato ilícito.

Hoje sabemos que a doutrina nacional está em franca evolução no que diz respeito a conceituar o ato ilícito em sentido mais amplo, como Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em comparação ao apresentado pelos

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, passim.

¹⁶³ Ibidem, p. 91.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 96.

autores clássicos, mediante o exemplo da introdução do abuso de direito do art. 187 do CC/2002, trilha também seguida por Cavalieri Filho.

Retomamos o exame da evolução do conceito pátrio de culpa com Aguiar Dias, citado por Pereira¹⁶⁵, anunciando que:

“A noção de culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.”

Assim, vemos, como bem diz Pereira, “essa floresta de definições”, em que esse autor pôde conceituar a culpa “como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”¹⁶⁶.

Entretanto, Gustavo Tepedino, ao atualizar a obra de Caio Mário da Silva Pereira, traz ponto de vista próprio, em nota, assentando que “a noção psicológica que foi base da responsabilidade civil do século XIX deu lugar à denominada culpa normativa, que traduz, em breve síntese, o desrespeito a padrões objetivos de comportamento exigíveis no caso concreto”.

Apresentada a evolução histórica da conceituação de culpa, passamos à análise da responsabilidade civil objetiva, sem culpa.

2.2 Da responsabilidade civil objetiva – sem culpa: do risco e dever de segurança

Antes de examinarmos, efetivamente, a evolução histórica deste importante instituto jurídico (da responsabilidade civil objetiva) até sua concepção atual, faz-se necessário deixar consignadas as lições sobre o risco e o dever de segurança, no magistério de Cavalieri Filho¹⁶⁷.

O referido autor¹⁶⁸ argumenta que, inicialmente, a teoria da responsabilidade objetiva sofreu muitas críticas, por se vincular à ideia de culpa em sentido *lato*, para que houvesse a possibilidade de aplicação do dever de indenizar.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 92.

¹⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, passim.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 228.

Com base nesse pressuposto, qual seria o comportamento antijurídico a tornar possível a aplicação do dever de indenizar, em uma situação, na qual não existiria o ilícito subjetivo, como era tratado pela doutrina à época dos adeptos da responsabilidade subjetiva?

Ao explicar que essa teoria sofreu críticas acirradas quando da sua apresentação, Cavalieri Filho¹⁶⁹ reporta-se a Pereira, que aponta os irmãos Mazeaud “como os campeões na luta contra a doutrina do risco, ao sustentarem que a equidade quer que aquele que retira os proveitos suporte os riscos, mas ela quer, também, que aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado”. Cavalieri Filho¹⁷⁰ esclarece que, a despeito de o risco constituir o fundamento da responsabilidade objetiva, os referidos argumentos do risco isoladamente considerado não prosperam, uma vez que o risco traz consigo outros eventos autorizadores da imposição do dever de indenizar.

Com efeito, Cavalieri Filho¹⁷¹ leciona que “o risco, por si só, não é suficiente para gerar a obrigação de indenizar. Risco é perigo, é mera probabilidade de dano, e ninguém comete ato ilícito por exercer atividade perigosa, mormente quando legalmente permitida e socialmente necessária”.

Com esse pensamento, o autor compara a questão com a responsabilidade subjetiva, asseverando que tanto em uma quanto em outra “a obrigação de indenizar só surge quando se viola dever jurídico e se causa dano a outrem”¹⁷².

Portanto, o mero risco não é suficiente para fazer incidir o dever de indenizar, precisando de algo a mais que o qualifique como antijurídico.

Com essa visão, Cavalieri Filho pondera¹⁷³:

“Seu fundamento, portanto, é a violação de um dever jurídico, e não apenas o risco. Que dever jurídico é esse cuja violação gera o dever de indenizar? Ora, o contraponto do risco é a **segurança**. Quando se fala em risco pensa-se logo em segurança. Risco e segurança andam juntos, são fatores que atuam reciprocamente na vida moderna cuja atividade primordial é **driblar riscos**.” (g.n.)

¹⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 228.

¹⁷⁰ Ibidem, passim.

¹⁷¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁷² Ibidem, loc. cit.

¹⁷³ Ibidem, loc. cit.

Logo, existe o dever de segurança que, se for violado, e dele derivar um dano, fará incidir a norma reparadora, na medida em que o risco e a segurança caminham juntos, no magistério do doutrinador em comento.

Cavaliere Filho ainda pondera acerca da constatação dos fatos na vida moderna, consignando a seguinte reflexão¹⁷⁴:

“A vida moderna é cada vez mais arriscada; a cada novo invento, a cada novo avanço tecnológico novos riscos são gerados para a sociedade. E quanto mais a sociedade é exposta a perigo, maior se torna a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe aos riscos é o **dever de segurança** que a lei estabelece, implicitamente, para quem cria o risco para outrem.”

Destarte, podemos verificar de maneira cristalina que, axiologicamente, a responsabilidade objetiva não está no risco, mas sim no dever/valor de segurança, pois seria ilógico pensarmos em exercício regular de uma atividade, mesmo sendo perigosa, que *de per se* geraria o dever de indenizar, mas sim no dever de segurança atrelado à criação do risco, que, quando violado o dever de segurança, considerado como valor, dá origem ao ilícito civil, criando o dever consequente de reparar o dano gerado, não pelo risco, mas sim pela falta de segurança.

Na seara médica, a atividade é perigosa, pois os remédios possuem efeitos colaterais, algumas terapias também possuem efeitos colaterais importantes, como a quimioterapia, a radioterapia, sem falarmos nas cirurgias, que, *de per se*, geram riscos e efetivamente produzem os danos iatrogênicos, porém, estes últimos não são indenizáveis por si sós.

Dessa maneira, se fôssemos baseá-la no risco de dano, a atividade médica, que por sua própria natureza, é de alto risco, todos os danos teriam que ser indenizados sem nenhuma medida.

Por isso, temos que pensar não somente no risco em si considerado, mas naquilo que gera o dever de indenizar, e, nesse caso – da responsabilidade civil objetiva –, caracterizado pela violação do dever de segurança.

Como é de nosso conhecimento, grande parte da doutrina, até antes do advento do parágrafo único do art. 927 do CC/2002, propugnava que somente seria aplicada a responsabilidade objetiva se houvesse disposição expressa em lei, como ocorreu antes com sua previsão no Código de Defesa do Consumidor, embora

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 228.

excluindo da referida aplicação as relações contratuais entre os profissionais liberais, incluindo os médicos, enquanto profissional liberal na sua relação com o paciente.

Entretanto, a doutrina atual, representada neste trabalho por Gustavo Tepedino¹⁷⁵, elucida que o parágrafo único do art. 927 vem como norma aberta para interpretação e aplicação da responsabilidade objetiva pelo magistrado, apoiada na atividade de risco:

“A adoção da teoria do risco criado pelo parágrafo único do art. 927 mostra-se, portanto, conforme à sistemática do Código Civil e aos valores constitucionais. Àquele que, com sua atividade, cria risco elevado de dano, atribui-se o ônus de arcar com os prejuízos por ela causados.”

Ainda, consoante argumenta Tepedino¹⁷⁶:

“A potencialidade lesiva dessas atividades deve ser de grau superior ao normal para que a atividade seja considerada ‘de risco’, de modo a atrair a incidência da cláusula geral. Alguns critérios servem para a identificação da periculosidade exagerada da atividade, como a sua regulamentação pela administração pública ou o valor do prêmio do seguro.”

É possível notarmos como as lições se completam. Na primeira, de Cavalieri Filho, temos a questão da violação do dever de segurança, como o injurídico, para fazer incidir a responsabilidade de indenizar de forma objetiva; e, na segunda, de Tepedino, a constatação do risco elegível para gerar o dever de segurança e, portanto, o dever de indenizar, quando aquele é violado.

2.3 Da caracterização das atividades de risco e suas classificações – da presunção de culpa à teoria do risco

De início, trataremos a evolução histórica, a forma como surgiu a responsabilidade civil objetiva, com apoio, em breves linhas, nos ensinamentos de Pereira, o que nos permitirá entender a origem da conceituação do risco e, por conseguinte, as classificações do risco desde sua origem até chegarmos aos dias atuais.

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020. Forense, 2020. v. 4, p. 3281.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 3307.

Pereira¹⁷⁷ registra que a ideia da responsabilidade objetiva nasce em face de danos que não eram reparados no século XIX, ficando sem reparos, desde danos leves até danos graves, principalmente, aqueles relacionados a acidentes do trabalho.

A inquietação com esse estado de injustiça fez surgir, na França, os primeiros debates acerca da doutrina do risco, mencionada por Pereira¹⁷⁸ ao apontar as grandes discussões que se travaram no século XIX, em terras gaulesas.

Interessante são as lições do estudioso quando faz referência à incapacidade da responsabilidade subjetiva, propiciando o nascimento da responsabilidade objetiva¹⁷⁹:

“A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente.”

Ainda, continua Pereira, a respeito da questão que de fato propiciou o nascimento da responsabilidade civil objetiva, referenciado na produção da prova do ilícito e seus elementos para a caracterização da responsabilidade objetiva¹⁸⁰:

“Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas dos juizes na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.”

Cavaliere Filho¹⁸¹, por sua vez, ao traçar a evolução do surgimento da responsabilidade civil objetiva, aponta com particular precisão a questão envolvendo os acidentes de trabalho, que causavam enormes transtornos sociais à época da Revolução Industrial:

“Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho.”

¹⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 23.

¹⁷⁸ Ibidem, passim.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 338.

¹⁸⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 225.

Retomamos os ensinamentos de Pereira¹⁸² ao relatar que os juristas da época, observando o problema social gerado pelas situações de desamparo dos trabalhadores, começaram a contestar o art. 1.382 do Código de Napoleão, e buscaram, por via hermenêutica, técnicas hábeis a desempenhar mais ampla cobertura para a reparação de danos, pois, conforme salientado, a dificuldade de provar a culpa, pela distribuição do ônus probatório ao lesado, fazia que ele dificilmente lograsse êxito em provar a culpa do agente e, portanto, obstava sua reparação pelo dano sofrido.

Assim, juristas da envergadura de Gaston, Morin, Saletiel, Josserand e Georges Ripert desenvolveram as interpretações mais extensivas do art. 1.382 do Código Civil Napoleônico¹⁸³.

Ao dissertar sobre a evolução da doutrina do risco, Pereira pondera não ser possível estabelecê-la com muita precisão cronológica, porém, traz o marco que considera importante no caminho percorrido até o conceito atual (para a época que desenvolveu seu estudo), inclusive frisando haver muito a evoluir.

Assim, o autor inicia seus estudos sobre a evolução da doutrina do risco, trazendo características importantes que desnudavam a vítima da reparação, mencionadas linhas atrás, iniciando com o desenvolvimento da culpa presumida, que, à época, tentava-se trazer uma situação intermediária, entretanto, ainda arraigada na culpa.

Com esteio na legislação civil francesa da época, Pereira relata que os autores franceses tentavam estabelecer como parâmetro hermenêutico para a referida presunção, ilustrando com o exemplo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, em que esses pais deveriam provar que educaram os filhos e mantiveram condições de confiança a fim de quebrar a presunção de culpa derivada da norma do art. 1.384, 2º, daquele Código, pois havia a inversão do ônus da prova¹⁸⁴.

Nasce, pois, daí a questão da culpa presumida, em que se inverte o ônus da prova, lá no Direito francês.

A lição de Pereira¹⁸⁵ a respeito da presunção da culpa é bastante esclarecedora:

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 338.

¹⁸³ Ibidem, passim.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 340.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 340.

“Sem abandonar a teoria da culpa, mas por um subterfugio conseguido por via de interpretação, atingiu-se um efeito que seria próprio da teoria objetiva: a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelo filho sem a comprovação da culpa daqueles. O que predominava era a prova do fato danoso, fluindo o dever ressarcitório da ‘presunção de culpa’, que somente poderia ser elidida mediante a prova contrária.”

Porém, essa exigência ainda não era suficiente, ressalta Pereira, pois deveria indagar em que condições sua condenação poderia ser consequência de uma culpa presumida e, para corroborar sua assertiva, recorre aos ensinamentos de Carbonier¹⁸⁶:

“[...] a vítima para invocar a responsabilidade dos pais não necessitaria de demonstrar a falta cometida na educação e na vigilância. Invocaria a presunção legal. Mas esta presunção não seria irrefragável; poderia ser ilidida com a demonstração de que não puderam impedir o fato danoso.”

Diante disso, Pereira¹⁸⁷ conclui:

“Foi, portanto, o reconhecimento da *presunção de culpa* um dos instrumentos técnicos que se utilizaram para a extensão dela e para abertura de caminho para a aceitação da doutrina objetiva, apontada ao lado da teoria do abuso de direito e da culpa negativa.” (g.a.)

Ao prosseguir ponderando acerca da presunção, Pereira traz exemplos de culpa presumida absoluta, em que não haveria sequer a possibilidade de prova ao contrário, e a própria culpa *iuris tantum*, ou seja, relativa, admitindo a prova em sentido contrário.

Porém, ainda se falava em culpa, o que mudava era apenas a questão afeta ao ônus probatório, de tal modo que continuaria existindo, nem que fosse por presunção, o elemento culpa, mantendo-se a responsabilidade subjetiva¹⁸⁸.

Também, acerca do marco evolutivo, temos a questão da mudança da culpa aquiliana para culpa contratual¹⁸⁹, uma verdadeira transmutação da espécie da fonte, porém, de modo artificial, como salienta Pereira¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 341.

¹⁸⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 342.

¹⁸⁹ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 340.

O marco evolutivo traçado por Pereira já demonstra um aspecto importante para a discussão do presente trabalho, pois a culpa contratual se diz presumida, com suas hipóteses de exclusão¹⁹¹:

“[...] imaginou-se, então, que em determinadas circunstâncias dá-se ênfase a uma situação em que ocorre um dano, que se enquadraria na culpa aquiliana, mas que se desfigura como tal e se apresenta como oriunda de um contrato, o que a faz incidir no conceito de culpa contratual, e, desta sorte, consegue-se dilargar a responsabilidade civil.”

Em algumas situações, Pereira¹⁹² relata sobre a questão do acidente de trabalho, apontando-a como referencial, cuja fonte foi a própria lei, dando origem, à época, à obrigação de indenizar a vítima da lesão. Ainda, conforme De Page, no contrato de trabalho temos a obrigação de seguridade, ou seja, de segurança, questão que nos remete às lições apontadas alhures, em que Cavalieri Filho¹⁹³ disserta sobre a violação do dever de segurança, como o antijurídico, a dar azo à reparação, ainda na esfera da relação contratual, entretanto, se dando à época na relação de contrato de trabalho.

Nessa linha de pensamento, Cavalieri Filho continua a abordagem sobre a questão da seguridade, no entanto, na esfera contratual, com uma sutil diferença. Isso porque, no exemplo utilizado para explicação, apresenta o transporte de pessoas, pois antes a vítima do acidente deveria provar a culpa da companhia transportadora, ao passo de uma obrigação contratual, e daí a questão da seguridade – dever de segurança¹⁹⁴:

“[...] a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu ‘constitui em si mesmo uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador, a não ser que demonstre que a inexecução do contrato provem de uma causa estranha a ele não imputável: caso fortuito, força maior, culpa da vítima’, nascendo as excludentes”.

Nesse diapasão, de tentar encontrar a fórmula para não deixar danos sem reparação, Pereira,¹⁹⁵ apoiado no Direito francês, apresenta os apontamentos de De Page, destacando que este:

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 340.

¹⁹² Ibidem, passim.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, passim.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 377.

¹⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 343.

“[...] aponta ainda, como fator determinante da conquista de espaço pela teoria objetiva, sem que haja sido abandonada a doutrina subjetiva, o *adelgaçamento* da própria noção de culpa. Observa que os juízes aplicam com maior rigor o velho adágio *In lege Aquila, et levíssima culpa venit.*” (g.a.)

Portanto, verifica-se a graduação da culpa, mas com a visão de que mesmo a menor delas é suficiente para gerar a responsabilidade. Pereira¹⁹⁶ sustenta ter sido com base nessa premissa que se desenvolveram a culpa na guarda, a noção de culpa coletiva, da culpa desconhecida, da culpa anterior e, citando Alvino Lima, desenvolvendo a responsabilidade sem culpa.

Ainda na trilha do Direito francês, Pereira¹⁹⁷ diz que a jurisprudência e a doutrina, em razão da dificuldade da vítima em provar a culpa do agente na conduta, deixavam, conforme já assinalado, o lesado sem reparação em inúmeros casos, e que a doutrina objetiva, com azo para mudar o cenário social, acena para a conotação da responsabilidade¹⁹⁸, que “deve surgir exclusivamente do fato”.

O estudioso também alude à questão da fonte, pois, salienta, é fácil verificar a infração do dever preexistente quando da relação contratual, na medida em que já estão delimitadas as normas de conduta, porém, na responsabilidade aquiliana, não; e, para concluir, reporta-se à lição de Agostinho Alvim, enfatizando a dificuldade de “sistematizar os deveres, cuja violação constitui o elemento objetivo da culpa”¹⁹⁹.

Portanto, a doutrina francesa mudou completamente o fundamento da responsabilidade, tendo alguns autores dado um passo ainda mais longo ao generalizarem, como Gaudemet²⁰⁰, ao asseverar que “toda manifestação de atividade implica um risco, expõe a lesar interesses”.

Com efeito, começou-se então a substituir a fórmula²⁰¹ segundo a qual “cada um é responsável pelo dano causado por sua falta”, pela que apregoa que “cada um deve suportar o risco do dano causado por um fato seu”.

Tivemos, destarte, a marcha da responsabilidade civil à doutrina da responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, encontrando o seu supedâneo na teoria do risco, porém, ainda enfrentamos a controvérsia, na atualidade, como era na sua origem²⁰².

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 343.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 344.

¹⁹⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁹ Ibidem, loc. cit.

²⁰⁰ Ibidem, loc. cit.

²⁰¹ Ibidem, loc. cit.

²⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 343.

Neste ponto, abordaremos os argumentos contrários ao abandono da doutrina subjetiva, como leciona Pereira²⁰³ em linhas históricas e marco evolutivo da doutrina objetiva.

Pereira, como já assinalamos, assevera que os irmãos Mazeaud são os campeões na luta contra a doutrina do risco, tendo como centro dos argumentos a justiça social e, reportando-se a esses autores franceses, expõe²⁰⁴:

“Se é certo que é a finalidade do direito ‘regular as relações dos homens vivendo em sociedade e porque vivem em sociedade’, certo é também que esta constatação não o reduz a consideração do interesse social exclusivamente. Pode-se concentrar sua argumentação em que a sociedade é um conjunto de seres vivos e a cada indivíduo é de ser assegurada a liberdade necessária ao desenvolvimento de sua atividade pessoal.”

Em continuidade às ponderações dos irmãos Mazeaud, Pereira explica que estes preconizam que ambas as teses, quais sejam, da culpa e do proveito, possuem o fundamento moral muito elevado (axiológico), sem que uma delas prevaleça sobre a outra, e que esses doutrinadores franceses embasam seu referencial teórico em Capitant²⁰⁵, ao relatarem que: “A equidade quer que aquele que retira os proveitos suporte os riscos, mas ela quer também, que aquele que a conduta é irreprochável não possa ser inquietado.”.

Também havia os defensores da convivência de ambas as doutrinas, como era o caso de Pereira²⁰⁶, no Direito brasileiro:

“[...] a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expõe o lesado ao risco do dano que sofreu.”

A doutrina objetiva, ao contrário da tradicional, cujos elementos são a culpa, o dano e o nexo de causalidade, assenta sua equação de forma binária com os elementos dano e autoria do evento danoso, sem levar em conta a antijuridicidade do fato danoso ou a imputabilidade, importando somente o nexo de causalidade, sendo de interesse apenas verificar se houve o evento e se dele resultou algum prejuízo²⁰⁷.

²⁰³ Ibidem, *passim*.

²⁰⁴ Ibidem, p. 344.

²⁰⁵ Ibidem, p. 345.

²⁰⁶ Ibidem, *loc. cit.*

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 346.

De sorte que, ocorrendo o dano, o autor do fato será responsável. Com a teoria do risco assim posta, o juiz não terá que examinar o caráter lícito ou ilícito do ato, disse Le Tourneau, transformando-se a questão da responsabilidade em simples problemas objetivos, que se limitam à pesquisa de uma relação de causalidade entre o fato e o dano²⁰⁸.

No Brasil, Caio Mário da Silva Pereira²⁰⁹ aponta Alvaro Lima, em 1938, como precursor da doutrina objetivista, além de citar Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, este último como o campeão da doutrina objetiva no Direito brasileiro.

2.4 Do risco como fundamento

Pereira argumenta que, para alguns, o responsável por reparar o dano é aquele que tira proveito, haja vista que onde está o ganho está o encargo, tratando-se da teoria do risco proveito. Entretanto, no início de formação de uma nova doutrina aparecem os extremos, assim, para outros, no caso de risco profissional, está presente o dever de indenizar quando o fato prejudicial decorre da atividade ou profissão do *lesado*²¹⁰.

Pereira²¹¹ mostra a existência de outra vertente, ao relatar que, “Num outro sentido, dá-se realce à ideia segundo a qual a reparação é devida quando o dano é consequência de um risco *excepcional*, que escapa da craveira comum da atividade da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.”

Na concepção de Pereira,²¹² o conceito de risco é assim posto:

“A meu ver, o conceito de *risco* que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*.” (g.a.)

Para explicar a evolução da teoria do risco, Pereira²¹³ reporta-se a Savatier, completando o raciocínio anterior: “Se uma responsabilidade fundada sobre o risco se

²⁰⁸ Ibidem, p. 345.

²⁰⁹ Ibidem, passim.

²¹⁰ Ibidem, p. 347.

²¹¹ Ibidem, loc. cit.

²¹² Ibidem, loc. cit.

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, p. 349.

justifica perfeitamente em direito moderno é preciso ainda não lhe atribuir em função única, nem mesmo primeiro lugar”. E prossegue em suas ponderações²¹⁴:

“Posto que partidário da teoria do risco, o mesmo Savatier considera que substituir sistematicamente a teoria da culpa, ou deixar de reconhecer a sua primazia sobre a responsabilidade fundada no risco, ‘seria consagrar o triunfo da matéria sobre o espírito. Atenuando embora a importância da culpa em confronto com a do risco, Savatier mostra que ambas devem conviver’.”

A questão da existência simultânea de ambas as doutrinas é defendida por Pereira²¹⁵:

“Se do plano doutrinário os bons doutrinadores o defendem, penso eu que em termos dogmáticos a conciliação está feita. Em consequência (e este tem sido o meu esforço, na modéstia de minhas contribuições), o direito positivo não podia desconhecer esta tendência. De fato, como já se destacou, o Código Civil inaugurou sistema dualista de responsabilidade, em que a cláusula geral de responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, *caput*) convive com a cláusula geral de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único).”

Verificamos, pois, de modo cristalino, a existência de ambas as doutrinas no sistema de responsabilidade civil brasileiro, inclusive por sua própria positivação no Código Civil de 2002, entretanto, discute-se a aplicação das referidas doutrinas em casos concretos, não pontuais, com acirrada divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito da aplicação na seara do contrato entre médico e paciente, e as inúmeras situações dele advindas.

Por fim, examinaremos, a seguir, a questão do conceito de risco previsto na cláusula geral do art. 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro.

Tepedino²¹⁶, ao analisar as diversas teorias existentes acerca de qual seria a teoria estabelecida pela norma acima citada, dentre as teorias do risco profissional, risco excepcional, risco integral, risco proveito, risco criado e mais outras, assim expõe:

“A adoção da teoria do risco criado pelo parágrafo único do art. 927 mostra-se, portanto, conforme à sistemática do Código Civil e aos valores constitucionais. Àquele que, com sua atividade, cria risco elevado de dano, atribui-se o ônus de arcar com os prejuízos por ela causados. Obriga-se, assim, o agente a internalizar o custo em sua atividade, evitando-se que a vítima suporte, sozinha, o dano por ele causado, em homenagem ao princípio da solidariedade social.”

²¹⁴ Ibidem, loc. cit.

²¹⁵ Ibidem, p. 350.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito Civil**, p. 3281.

Inicialmente, trazemos à colação a defesa de Tepedino²¹⁷ acerca da conceituação da periculosidade da atividade, cuja evolução histórica é assim posta:

“Uma vez compreendida a teoria do risco adotada pelo parágrafo único do art. 927, há que se definir a abrangência da noção de *atividade de risco* utilizada pelo legislador. O dispositivo alude à atividade, isto é, uma série contínua e coordenada de atos. Atividade de risco não equivale, portanto, atos isoladamente perigosos. Cuida-se ao reverso, de atividade que, apesar de lícita, ostenta potencialidade lesiva de grau superior ao normal, sendo por isso considerada de risco, de modo a atrair a incidência da cláusula geral.” (g.a.)

E, continua:

“A potencialidade lesiva dessas atividades deve ser de grau superior a normal para que a atividade seja considerada ‘de risco’, de modo a atrair a incidência da cláusula geral. Alguns critérios servem para a identificação da periculosidade exagerada da atividade, como a sua regulamentação pela administração pública ou o valor do prêmio do seguro. As estatísticas também contribuem para a aferição do grau de perigo da atividade: a quantidade e a gravidade dos danos habitualmente causados são indicativas de que se trata, de fato, de atividade de risco.”

Portanto, verifica-se que não é qualquer atividade que pode ter a incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva, devendo passar pelo funil dos graus da potencialidade lesiva da atividade, segundo critérios objetivos, a fim de se evitar distorções quanto a sua aplicação no sistema judicial pátrio.

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito Civil**, p. 3299/3307.

3 DAS OBRIGAÇÕES: BREVES NOTAS

Como vimos alhures, a responsabilidade civil contratual vem decorrente da obrigação assumida mediante um negócio jurídico contratual, mas o que seria essa obrigação, é simplesmente entregar um produto, prestar um serviço, como se caracteriza no nosso ordenamento jurídico a obrigação, para entendermos, trazemos breves notas.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²¹⁸, nos trazem importantes noções sobre o Direito das Obrigações, como por exemplo, a sua definição, que assim nos coloca:

“...trata-se do conjunto de normas (regras e princípios jurídicos) reguladoras de situações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir, espontaneamente ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.”

Neste mesmo sentido Cristiano Vieira Sobral Pinto²¹⁹:

“Trata-se do conjunto de normas e princípios regulamentadores da relação jurídica pessoal entre um credor e um devedor, a quem cumpre o dever principal de realizar uma prestação de dar, fazer ou não fazer. A doutrina ensina que a obrigação é um vínculo que envolve credor e devedor, pois o devedor deve ao credor uma prestação que deve ser economicamente apreciável.”

PINTO ao explicar as duas teorias acerca do vínculo jurídico que liga credor e devedor, nos traz a teoria monista/unitária, onde já não tem mais aceitação em nossa doutrina pátria, e a teoria dualista/binária, assim posta²²⁰:

“...o vínculo jurídico possui dois fundamentos: o débito e a responsabilidade. O *haftung* (responsabilidade/*obligatio*) e o *schuld* (débito/*debitum*). A regra diz que se houver débito teremos a responsabilidade (obrigação civil); mas pode ocorrer débito sem responsabilidade, como nos casos de dívida prescrita (obrigação natural) e responsabilidade sem débito, como na fiança.”

²¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil; volume único**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 231

²¹⁹ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado; volume único**. 11ª. Ed. Salvador: Jus Podium.2019. p. 283

²²⁰ *Ibidem*, p. 283

Além do conceito acima, temos os elementos da relação obrigacional, sendo os elementos subjetivos - credor e devedor - inclusive temos na maioria das vezes a configuração do sinalagma, ou seja, as partes são ao mesmo tempo credor e devedor.

Ainda neste diapasão há o elemento objetivo, que é o objeto material da obrigação, sendo que esta tem que respeitar as regras gerais dos negócios jurídicos, como as qualidades de ser lícita, possível, determinada ou determinável.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO continuando, nos dão a seguinte explicação acerca de um conceito analítico de obrigação, amparado no direito alemão que, inclusive, temos neste trabalho, a obra da autora Cláudia Lima Marques, que nos traz os conceitos contratuais da doutrina alemã, assim, eles expõem²²¹:

“JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, amparado na doutrina alemã, amplia ainda mais o conceito analítico de obrigação, para considerá-la, mais do que uma relação jurídica obrigacional, um verdadeiro processo conducente à satisfação do interesse dos credores: ‘A obrigação, com todos os poderes e deveres que se enxertam no seu tronco, pode mesmo considerar-se como um processo (conjunto de actos logicamente encadeados entre si e subordinados a determinado fim), conducente ao cumprimento.)”

E de fato, ao analisarmos a questão sob o prisma acima, levando em consideração que se trata de um processo, o princípio da boa-fé objetiva, e os subprincípios derivados como o *tu quoque*, *supressio* e *venire contra pactum proprium*, se dão durante toda a relação obrigacional, inclusive na pré-contratação até à pós-contratação, demonstrando de fato um processo obrigacional, e não um ato estanque, que acaba em si mesmo.

Ainda de interesse ao assunto GAGLIANO e PAMPLONA FILHO trazem outros importantes conceitos correlatos ao de obrigação, sendo eles: o estado de sujeição e o ônus jurídico.

Definem da seguinte forma:

“O estado de sujeição consiste na situação da pessoa que tem de suportar, sem que nada possa fazer, na sua própria esfera jurídica, o poder jurídico conferido a outra pessoa. Ao exercício de um direito potestativo corresponde o estado de sujeição da pessoa, que deverá suportá-lo resignadamente (ex: o locador, no contrato por tempo determinado, denuncia o negócio jurídico, resilindo-o, sem que o locatário nada possa fazer). Esse estado de sujeição,

²²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil; volume único**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 232

por tudo que se disse, não traduz uma relação jurídica obrigacional, por ser inexistente o dever de prestar.”²²²

Já em relação ao ônus jurídico, assim, nos colocam²²³:

“O ônus jurídico, por sua vez, caracteriza-se pelo comportamento que a pessoa deve observar, com o propósito de obter um benefício maior. O onerado, pois, suporta um prejuízo em troca de uma vantagem. É o caso do donatário, beneficiado por uma fazenda, a quem se impõe, por exemplo, o pagamento de uma pensão mensal vitalícia à tia idosa do doador (doação com encargo). Não se trata, pois de um dever de prestar, correlato à satisfação de um crédito, mas, sim, de um encargo que deve ser cumprido em prol de uma vantagem consideravelmente maior. O ônus não é imposto por lei, e só se torna exigível se o onerado aceita a estipulação contratual.”

Trazemos tais conceitos com o fito de diferenciar diversas situações práticas do dia a dia no exercício da obrigação entre médico e paciente, demonstrando aquilo que se aplica, o que se pode aplicar, e, por fim, o que não se aplica.

Evoluindo, quanto ao elemento objetivo da prestação, temos que a prestação, segundo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²²⁴, consiste em dois objetos, sendo o objeto direto ou imediato e o objeto indireto ou mediato, sendo que o primeiro consiste na própria atividade positiva (ação) ou negativa (omissão) do devedor, que irá culminar na satisfação do interesse do credor, sendo a *prestação* denominação técnica que se dá, pois é o objeto direto do vínculo jurídico. Já, no que toca ao objeto indireto, e este considerado nas obrigações de fazer, os próprios autores trazem que já não fica tão nítida a distinção, na medida que a própria atividade do devedor já materializa o interesse do credor. Isso se dá, na medida que, na obrigação de dar, por exemplo, o devedor deverá executar atos para a entrega efetiva da coisa, e esta atividade dentro da obrigação de dar, consiste no objeto direto da obrigação, ou seja, o vínculo jurídico, e a entrega da coisa o objeto indireto ou mediato.

Ainda para arrematar, podemos dizer assim, a prestação é o objeto direto ou imediato, já o objeto indireto ou mediato é o bem da vida a ser entregue.

Outra questão importante é no que se refere a fonte das obrigações, alhures discutimos a questão no primeiro capítulo trazendo lições valiosas, porém, retomamos aqui apenas para deixar bem enfatizado a origem.

²²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil; volume único**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 234

²²³ Ibidem, p. 235

²²⁴ Ibidem, p. 237

Lição esclarecedora são as palavras de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO acerca do assunto, assim, colocadas²²⁵:

“A doutrina costuma referir que a lei é a fonte primária das obrigações em geral. Entretanto, sempre entre lei e os seus efeitos obrigacionais (os direitos e obrigações decorrentes) existirá um fato jurídico (o contrato, o ato lícito etc), que concretiza o suposto normativo. Vale dizer, entre a norma e o vínculo obrigacional instaurado entre credor e devedor, concorrerá um acontecimento – natural ou humano – que se consubstancia como condição determinante da obrigação.”

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO citam²²⁶, que a doutrina trata como fonte primária a lei, trazendo também, outros doutrinadores que colocam a lei como fonte primordial das obrigações, porém, ao lado da vontade humana e do ato ilícito, como ensina Silvio Rodrigues.

Em que pese as sutis diferenças apresentadas, temos, como já estudado, a fonte no contrato, por exemplo, dentro da classificação dos atos jurídicos negociais, ainda temos os atos jurídicos não negociais, sendo o ato jurídico *stricto sensu*, sendo os fatos materiais e os atos ilícitos.

Agora passamos a obrigação que mais tem relação com o nosso trabalho acadêmico, qual seja, a obrigação de fazer.

3.1 Obrigação de fazer

A obrigação de fazer encontra previsão nos arts. 247, 248 e 249 do Código Civil brasileiro, deixando várias lacunas no que tange a sua conceituação, pela pouca regulação normativa existente.

O conceito de obrigação de fazer não é difícil de se extrair dos artigos acima citados, porém, vamos trazer o conceito de Álvaro Villaça Azevedo que explora o instituto com maior profundidade, nos trazendo uma breve introdução ao instituto²²⁷:

“A obrigação de fazer, *obligatio faciendi*, é positiva, como a obrigação de dar. Por ela, o devedor compromete-se a prestar uma atividade qualquer, lícita e vantajosa, ao seu credor. (...) Temos, assim, na obrigação de fazer: o compromisso do devedor junto ao credor de prestar ato ou fato seu ou de

²²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil; volume único**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 245

²²⁶ Ibidem, passim

²²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil – teoria das obrigações e responsabilidade civil**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1015

terceiro. No dizer de Orosimbo Nonato, 'fazer compreende os atos, todos os atos que deixem de incidir na expressão dar'. Na obrigação de fazer existe alguma coisa que deve ser produzida pela atividade humana de alguém, que a tanto se compromete."

AZEVEDO²²⁸ nos traz algumas classificações acerca das obrigações de fazer como a classificação em material e imaterial, exemplifica, trazendo o exemplo do cientista contratado para a realização de um trabalho intelectual, como o científico, para a obrigação de fazer classificada como imaterial, já para a obrigação de fazer material, seria a contratação de um pedreiro para a construção de um muro.

Ainda continua AZEVEDO²²⁹ na esteira das classificações trazendo as obrigações de fazer personalíssimas, ou seja, infungível, citando o exemplo de um renomado médico para a realização de uma intervenção cirúrgica de alta complexidade, onde o credor quer os serviços do médico contratado, pois suas características foram a motivação para a contratação, não podendo passar a outrem a execução do contrato, ou seja, a prática da atividade, que consiste na prestação ajustada entre credor e devedor.

Apenas para trazer mais um pouco, AZEVEDO²³⁰ cita que a doutrina se refere ainda como obrigação de fazer a prática de um ato jurídico, como por exemplo, quando alguém se compromete a assinar determinado contrato.

Evoluindo, a principal situação quanto às obrigações de fazer que nos interessa é quando se verifica seu inadimplemento, seja a mora ou o inadimplemento propriamente, pois daí verificaremos as consequências legais.

Assim, verificamos do que se extrai dos arts. 247, 248 e 249, as consequências pelo inadimplemento:

"Art. 247. Incorre na **obrigação de indenizar perdas e danos** o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por **perdas e danos**.

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou **mora** deste, sem prejuízo da **indenização cabível**.

²²⁸ Ibidem, passim

²²⁹ Ibidem, passim

²³⁰ Ibidem, passim

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois **ressarcido**." (G.N.)

Veja que os citados artigos em toda as suas passagens falam sempre em responsabilidade civil, seja no art. 247, quando trata de uma obrigação infungível/personalíssima, já no art. 248, temos a expressa previsão da culpa *latu sensu*, onde sem sua aparição resolver-se-á a obrigação, porém, com culpa, responderá o devedor pelas perdas e danos, e por fim, o art. 249, traz a classificação da obrigação como fungível, podendo o credor executar por terceiro às custas do devedor, no caso de recusa ou mora, depois sendo ressarcido pelos prejuízos decorrentes, mesma situação se dá no seu parágrafo único.

Em outras passagens do presente trabalho trazemos as definições de inadimplemento e mora, porém, como trata-se na presente discussão acerca da obrigação de fazer, ou seja, da prestação de atividade, obrigação positiva, quando então se verificaria, além da mora ou do inadimplemento, o defeito na prestação que também ensejaria a aplicação da responsabilidade civil.

Para isso nos socorremos ao Código de Defesa do Consumidor, que no seu art. 14, nos traz a responsabilidade pelo defeito do serviço.

CAVALIERI FILHO, discorre acerca do assunto, nos trazendo como fato do serviço, citando expressamente o *caput* do art. 14, do CDC, e depois concluindo²³¹:

"A reponsabilidade pelo fato do serviço vem disciplinada no art. 14 do Código, nos mesmos moldes da responsabilidade pelo fato do produto: 'O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por **defeitos** relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.' Também aqui teremos acidentes de consumo, acontecimentos externos que causem dano material ou moral ao consumidor, só que decorrentes de defeitos do serviço, aos quais serão aplicáveis como o devido ajuste, os mesmos princípios emergentes do art. 12, pelo que dispensam maiores considerações." (g.a.)

Nota-se que se fala em defeito na prestação da obrigação de fazer, ou seja, do serviço, mas o que seria esse defeito qualificado pela norma consumerista a fim de

²³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 15223

ensejar a responsabilidade, não se trata de qualquer defeito, tem que ser o defeito qualificado, CAVALIERI nos ensina assim²³²:

“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º). Como se vê, a responsabilidade do fornecedor de serviços tem também por fundamento o *dever de segurança* (...). Os defeitos do serviço podem ser de *concepção, de prestação ou de comercialização* (informações insuficientes ou inadequadas sobre seus riscos).” (g.a.)

Portanto, quando nos reportamos ao estudo da responsabilidade pelo descumprimento da obrigação de fazer, não podemos ficar restritos somente aos institutos da mora, do inadimplemento, mas também devemos verificar o fato do serviço, ou seja, o defeito existente na prestação, que é a relação jurídica que liga devedor e credor.

Ademais, na transcrição acima, se fala em defeito quando se espera o **resultado** que razoavelmente se cria da prestação da obrigação de fazer.

Entretanto, e se este não vier a ser alcançado, qual é esse resultado que a norma consumerista traz, seria aquele da classificação de obrigação de fazer em: de meio e resultado, para tanto vamos apreciar o próximo tópico.

3.2 Da dicotomia obrigação de meio–resultado: classificação segundo Demogue

A doutrina²³³ traz que o início desta classificação quanto à obrigação, nasce na França com Rene Demogue, onde ele consolidou e disseminou a referida classificação.

Há o registro na decisão de *Cour de Cassation* Francesa em 20/05/1936, trazendo tal classificação no julgamento, justamente, de uma obrigação médica.

Alessandro Timbó Nilo²³⁴, continua sua incursão diferenciando as duas classificações, de um lado põe as prestações que têm um elemento subjetivo, sendo

²³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 15223

²³³ NILO, Alessandro Timbó. *Direito Médico: O contrato de Tratamento no Direito Brasileiro*. 01. Ed. Curitiba. Juruá Editora, 2020. p. 78 e SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 840

²³⁴ NILO, Alessandro Timbó. *Direito Médico: O contrato de Tratamento no Direito Brasileiro*. 01. Ed. Curitiba. Juruá Editora, 2020. p. 78

colocada por ele, como “um dever de ação ou abstenção”, porém, acompanhado de um elemento objetivo, qual seja, “a obtenção de um resultado”, constituindo, assim, nas obrigações de resultado, e de outro lado, coloca as obrigações, que apresentam apenas o elemento subjetivo, tratando-se das obrigações de meio, sem o elemento objetivo, qual seja, a referida obtenção de um resultado.

Ainda continua que na identificação da obrigação de resultado é importante que sejam analisadas: 1) a vontade das partes; 2) a álea da atividade. Em sua visão, esses elementos são os mais importantes para que se afaste ou não a análise objetiva do resultado como um elemento da obrigação, ou seja, enquanto prestação, dentro do conceito técnico já estudado alhures.

Importante trazermos o entendimento ainda acerca da obrigação de meio do autor²³⁵, para identificar a classificação da obrigação típica de meio, para isso, o autor traz dois deveres básicos do médico, para identificar a classificação da obrigação enquanto de meio ou resultado, sendo o dever de cuidado e o dever de informação, constituindo assim na **execução** da obrigação de fazer.

Nas lições de Fernando Campos Scaff²³⁶, tratando o tema das obrigações de meio e resultado nas atividades vinculadas ao direito à saúde, traz que ainda constitui controversa na doutrina e na jurisprudência a real importância e utilidade da distinção estabelecida entre as chamadas obrigações de meio e de resultado, sendo assunto recorrente quando se trata da atuação dos agentes vinculadas ao direito à saúde.

SCAFF²³⁷, ao comentar a obrigação de meio assim expõe:

“Com efeito, é comum dizer que as obrigações a cargo do médico – assim como do advogado ou do psicólogo – cingem-se a correta utilização dos “meios” adequados no caso concreto, atribuindo-se a ele, tão somente, o empenho em adotar a melhor conduta na prestação dos serviços ajustados, sem que igualmente se comprometa a garantir que o objetivo pretendido – supostamente a superação da moléstia que atinge o paciente – seja alcançado. A justificativa para tanto seria o fato de que a finalidade de cura visada com o tratamento empregado acaba por depender de outros fatores, de caráter totalmente *externo* ao atendimento prestado pelo agente de saúde e em relação aos quais incidiria inevitável e irresistível e *aleatoriedade*” (g. a.)

²³⁵ NILO, Alessandro Timbó. Direito Médico: O contrato de Tratamento no Direito Brasileiro. 01. Ed. Curitiba. Juruá Editora, 2020. p. 78

²³⁶ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 788

²³⁷ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 794

Ora, dos autores acima até aqui citados, vemos que conceitualmente não há diferença substancial no posicionamento deles, pois quando tratam dos elementos caracterizadores da obrigação de meio, utilizam a mesma base teórica.

CUEVAS²³⁸, ao tratar o tema na perspectiva do direito espanhol, assim, posicionou-se:

“De acuerdo con la doctrina clásica, los efectos de la distinción entre obligación de medios –característica de la prestación médico-sanitaria– y obligación de resultado, binomio de honda tradición jurídica, radican fundamentalmente en el régimen de la carga de la prueba. De este modo, en las obligaciones de medios el acreedor debería probar la negligencia del deudor para hacerlo responsable del incumplimiento, mientras que en las obligaciones de resultado existiría una presunción de la culpa del deudor si se produjera un incumplimiento, correspondiendo a éste la carga de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor que le pudiera liberar. Existe, en todo caso, una amplia polémica sobre la relevancia de la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado. Esta tradicional dicotomía comenzó a utilizarse en nuestro país como argumento para diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y de arrendamiento de servicios, atendiendo al tipo de obligaciones generadas por uno y otro, de tal manera que en el primero se ofrecería un resultado y en el segundo la mera realización de una actividad. No obstante, pese a que siguen existiendo partidarios de la vigencia conceptual de la distinción, se ha objetado que la misma resulta problemática dado el carácter sustancialmente aleatorio del resultado, especialmente, en la práctica médica. La cuestión ha sido expresamente abordada en el artículo IV.C.-2:106 DCFR17.”

Ora, daí verifica-se que, as características da discussão no direito comparado possuem os mesmos contornos do direito nacional, na medida que ao tratar da caracterização do tipo de obrigação trazem ambas a questão da diligência e da aleatoriedade.

Continuando com LAS CUEVAS²³⁹, este traz a discussão quanto a prova nas obrigações de fazer:

“La finalidad que persigue el precepto radica en facilitar la labor de los tribunales en la determinación de la naturaleza de la obligación comprometida por el deudor de servicios. La obligación será de resultado cuando se trate de un resultado declarado o, sin serlo, cuando fuera previsible por un cliente razonable. En los demás casos, el deudor compromete una obligación de medios que, por tanto, constituiría la regla general de los contratos de servicios, en defecto de pacto. En definitiva, lo único que trata de aclarar el artículo IV.C.-2:106 es cuándo el deudor de servicios debe un resultado, sin que pueda desprenderse del tenor literal del precepto que siempre deba uno.”

²³⁸ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**. Pamplona/Espanha: Civita/Thomson Reuters, 2017. p. 447

²³⁹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**. Pamplona/Espanha: Civita/Thomson Reuters, 2017. p. 448

Voltando para a nossa doutrina SCAFF²⁴⁰, assim, se posiciona:

“As consequências oriundas da distinta natureza atribuída a essas obrigações estão se tornando, todavia, cada vez menos nítidas, em virtude da transformação dos cenários nos quais se desenvolve a prestação dos serviços e do surgimento de novas soluções legislativas que acabaram por modificar os esquemas teóricos originalmente propostos. Isso se dá, por exemplo, nas situações em que passou a ser prevista pelo ordenamento jurídico a possibilidade de inversão do ônus originalmente atribuído a uma das partes para a comprovação dos alegados, encargo esse que, em regra, é atribuído à suposta vítima, autora de uma ação judicial que vise a reparação do dano que alega ter sofrido.”

Ainda, continua trazendo um contraponto:

“Da mesma forma, os casos em que se admite a objetivação da responsabilidade atribuída ao agente partícipe de uma relação jurídica, determinada pelas qualidades próprias das partes envolvidas ou pelas características da atividade exercida, acabam por retirar muito da importância da referida distinção entre as obrigações de *meio* e *resultado*. De fato, prescindindo da verificação da culpa a obrigação do ressarcimento do dano causado a uma das partes envolvida no atendimento médico, hospitalar ou laboratorial, mais do que a natureza da obrigação de vida, o que importa é a identificação da existência ou não do nexo de causalidade entre a atuação do agente e o dano causado ao paciente. Bastaria, em tais situações, demonstrar a existência de tal liame para que surja a possibilidade de responsabilização pelo ressarcimento do dano daquele que participa da condução do tratamento médico”

Vemos de forma clara que SCAFF nos traz a retirada da importância da distinção entre obrigação de meio de resultado. Neste mesmo sentido, ao tratar também do ônus da prova quando do seguimento de protocolos médicos, LAS CUEVAS²⁴¹, assim traz:

“Desde el punto de vista jurisprudencial, el seguimiento de los protocolos suele ser un criterio favorable para entender que la asistencia sanitaria fue desarrollada conforme a la *lex artis*, liberando al facultativo de responsabilidad. En este sentido, numerosos pronunciamientos judiciales valoran los protocolos como elemento probatorio nuclear en los procesos por responsabilidad sanitaria, pues la acreditación de su cumplimiento constituye una prueba de primer orden para evaluar si el acto médico enjuiciado se ha ajustado o desviado de la *lex artis*. A título de ejemplo, la STS 3.ª de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4841) desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de un paciente a consecuencia de una embolia pulmonar masiva por el tratamiento de fracturas mediante inmovilización, que posteriormente generaron un cuadro tromboembólico. Entiende el Tribunal

²⁴⁰ SCAFF, Ferando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 812

²⁴¹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**. Pamplona/Espanha: Civita/Thomson Reuters, 2017. p. 462

que el tratamiento inicial en el servicio de urgencias fue el adecuado, dado que «en este tipo de pacientes de urgencia no entra en el protocolo habitual el aplicar directamente tratamiento lantitrombótico, porque ni la edad del paciente ni el tipo de lesión que padecía ni los antecedentes que pudo manifestar verbalmente aconsejaban la aplicación de dicho tratamiento». Se apoya, asimismo, en el protocolo médico correspondiente, la STS 1.ª de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3984) con ocasión de la reclamación formulada por una paciente, embarazada de gemelos y afectada de diabetes gestacional, contra el ginecólogo que la atendió, por haberle prescrito cinco inyectables de celestone cronodose, sufriendo posteriormente una cetoacidosis diabética y la pérdida de los gemelos. La sentencia sostuvo que la actuación del ginecólogo fue correcta con fundamento en los protocolos médicos dictados sobre el particular, a los que se había ajustado.”

Por fim, NILO²⁴², assim, expõe:

“Apesar de não se confundirem (i) obrigação de meio e resultado com a (ii) distribuição do ônus da prova, pois as primeiras referem-se a questões materiais e a segunda a uma questão processual do contrato, ‘a importância na determinação da natureza da responsabilidade sempre residiu, antes de tudo, na regra segundo a qual **se presume a culpa** na responsabilidade contratual, a inverter o ônus probatório em favor do lesado’ (grifou-se) (SOUZA, 2016, p. 36). Ou seja, apesar de serem questões distintas (material e processual), em juízo, constituem-se necessariamente em causa e efeito.”

Ainda para complementar SCAFF²⁴³ conclui:

“Na verdade, o que se conclui é que a importância e a utilidade das distinções entre as “obrigações de meio e resultado” não residem no objetivo de limitar previamente a responsabilidade do agente de saúde ou de simplesmente qualificar a sua atuação, mas sim importam, fundamentalmente, quanto ao problema da atribuição do ônus da prova àquele que eventualmente tenha causado ou então sofrido o alegado dano.”

SCAFF²⁴⁴, ainda continua:

“Portanto, o que devemos concluir é que a distinção entre as obrigações de meio e de resultado continua a oferecer critérios úteis à determinação acerca de a quem caberá o ônus de demonstrar a veracidade ou não das alegações feitas pelo autor de uma ação judicial que vise a reparação de eventuais danos causados em virtude do atendimento médico prestado: se para o agente de saúde ou para o destinatário direto ou indireto desse atendimento.”

²⁴² NILO, Alessandro Timbó. Direito Médico: O contrato de Tratamento no Direito Brasileiro. 01. Ed. Curitiba. Juruá Editora, 2020. p. 78

²⁴³ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 831

²⁴⁴ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 849

Assim, SCAFF traz uma mitigação, ou seja, traz um meio termo entre a superação e a aplicabilidade atual da classificação de Demogue, indicando que além da atribuição do ônus da prova, também, há uma importância para delimitar o que será provado, assim expondo²⁴⁵:

“Além de indicar a quem cabe o encargo, a identificação quanto a ser a obrigação de *meios e resultados* pode oferecer critérios para que se delimite, igualmente, *o que deve ser provado*. Assim, vinculando-se ao resultado a atuação do devedor, a demonstração deverá ser feita no sentido de que o objetivo não foi alcançado, dirigindo-se as provas nesse sentido. Sendo, por outro lado, alegada uma falha da execução do atendimento médico, cumpre esclarecer o que ocorreu durante a consecução do processo, já que o objetivo final não é o ponto central dessa análise.”(g.a.)

Vemos que ainda gerará muita discussão a referida classificação, embora, pelo que se verifica, não será o único critério a ser observado quando da aferição da responsabilidade civil dentro do contrato médico.

²⁴⁵ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010. p. 849

4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo vamos abordar as excludentes da obrigação de indenizar/reparar o dano, ou seja, da responsabilidade civil. Assim veremos quais as previsões normativas e onde se encontram para que possamos fazer um estudo da sua aplicabilidade dentro do nosso estudo sobre a responsabilidade civil médica contratual.

Antes, a título introdutório, vamos trazer importante conceito acerca de profissional liberal, pois, tal conceito, influencia diretamente na aplicação das excludentes, isto porque, temos o já citado art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, que traz a ressalva quanto à responsabilidade pela culpa do profissional liberal.

Para tanto, vamos trazer a baila as lições do CAVALHIERE²⁴⁶, a seguir:

“Parte da doutrina inclina-se por um conceito restritivo, segundo o qual os profissionais liberais têm como marca características o labor relacionado ao conhecimento técnico e intelectual, como definido no at. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL): “Profissional Liberal é aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão independentemente do vínculo da prestação de serviço”.

Neste sentido o entendimento do insigne Paulo de Tarso Sanseverino: ‘Considera-se profissional liberal aquela pessoa que exerce a atividade especializada de prestação de serviços de natureza predominantemente intelectual e técnica, normalmente com formação universitária, em caráter permanente e autônomo, sem qualquer vínculo de subordinação. Na categoria dos profissionais liberais, incluem-se médicos, dentistas, advogados.....’.”

Ainda no diapasão da discussão doutrinária acerca do conceito de profissional liberal temos a segunda corrente trazida por CAVALIERE²⁴⁷, *in verbis*:

“Corrente mais liberal, entretanto, na qual nos posicionamos, não exige formação universitária do profissional liberal. Profissional liberal, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, em caráter permanente e autônomo, por sua conta própria e sem vínculo de subordinação, independentemente do grau de intelectualidade ou escolaridade. (...) Pela ótica do Código, o melhor caminho é definir o

²⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 1102

²⁴⁷ Ibidem, p. 1103

profissional liberal pelas características de sua prestação de serviços, e não pelo seu grau de escolaridade, ou pelo enquadramento na regulação.”

Importante notar, que a destinação acima diz respeito ao grau de escolarização do profissional, sendo certo, que para nós, não traz grandes repercussões, pois, seja numa corrente ou em outra o profissional médico está enquadrado.

Entretanto, abaixo, vamos continuar nas lições de CAVALIERE, pois traz a predominância na doutrina e jurisprudência das características essenciais do profissional liberal, *infra*²⁴⁸:

“Predomina na doutrina e na jurisprudência entendimento no sentido de serem traços essenciais da atividade do profissional liberal: (i) ausência de vínculo de subordinação com o cliente; (ii) exercício permanente de atividade profissional, em geral vinculada a conhecimentos técnicos; (iii) reconhecimento social da atividade, mesmo sem exigência de formação universitária.”

Noção importante, ainda diante desse nosso estudo, está nas lições de CAVALIERE²⁴⁹, quando nos traz que as sociedades empresárias prestadoras de serviços não se enquadram na regra de profissionais liberais, nos explicando que:

“...resultou também assente que a atividade própria do profissional liberal, qualquer que seja ela, fica descaracterizada quando exercida empresarialmente. Clínicas médicas, hospitais, sociedades de advogados, empresas de engenharia, de consultoria etc. não são profissionais liberais quando exploram atividades que são próprias (ou seriam) de profissionais liberais. Não se está a dizer, com isso, que a existência de pessoa jurídica, por si só, é critério decisivo; o aspecto determinante nessa questão será tratar-se ou não de exploração empresarial de atividade liberal. Como lembra Antônio Rizzatto, ‘O profissional liberal pode muito bem constituir uma sociedade profissional, como, por exemplo, uma sociedade de advogados, apenas e tão-somente no intuito de efetuar uma melhor organização fiscal de receitas e despesas, sem nenhuma intenção de deixar de ser profissional liberal’ (ob. Cit. P. 204), como se depreende do art. 15 da Lei nº 8.906/1994 e seus parágrafos. Mas, para não descaracterizar a sua condição de profissional liberal, terá o advogado ou outro profissional qualquer, mesmo integrando uma sociedade, que continuar prestando serviço a seus clientes de forma autônoma, pessoalmente, em seu próprio nome, e não em da sociedade.”

Portanto, a importância da análise do conceito de profissional liberal reside na questão da aplicação do art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, na medida que traz a aferição da culpa quando tratar-se de profissional liberal, não aplicando a

²⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 1104

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 1105

teoria da responsabilidade objetiva, que é a tônica principal da referida codificação. Isto se dá porque o mesmo artigo 14, no §3º traz as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil objetiva.

4.1 Excludentes da responsabilidade contratual

Agora, dado a introdução necessária vamos trazer à baila as excludentes da responsabilidade civil previstas no Código Civil, adiantamos, que estamos aqui enumerando de acordo com a previsão normativa, ou seja, o que está codificado.

Embora o art. 188 do Código Civil nos traz as excludentes de culpa como a legítima defesa, exercício regular de direito e o estado de perigo, estão no bojo da responsabilidade civil aquiliana, ou seja, extracontratual, que a depender da casuística, pode até ser aplicado à responsabilidade civil contratual.

Entretanto, vamos nos ater agora a previsão do art. 393 do Código Civil, que nos traz as excludentes de responsabilidade civil contratual, quais sejam, do caso fortuito e da força maior.

Aqui, vamos trazer os conceitos que permeiam os dois institutos, que apesar, de terem a mesma consequência jurídica, qual seja, a liberação do dever de indenizar, se apresentam de forma prática de maneira distinta com requisitos próprios.

Para nos ajudar na conceituação dos dois institutos, utilizaremos aqui as conceituações trazidas pelos autores Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão²⁵⁰ ao comentar o art. 393 do Código Civil, assim, expõe:

“O sistema não distingue, quanto aos efeitos, o caso fortuito da força maior. Em ambas as hipóteses há rompimento do nexo causal, o que faz desaparecer o dever de indenizar. Mas o que se considera caso fortuito ou der força maior? São fatos necessários cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir. O conceito de “não impedir” passa por previsibilidade do evento. Passa por inevitabilidade de seus efeitos de acordo com o *standard* do homem médio, ou seja, não a pessoa em concreto do devedor. Assim, as condições pessoais do devedor não são levadas em conta para verificação desses elementos. O furacão pode ser previsto com grande grau de certeza pela meteorologia, mas seus efeitos são inevitáveis e, por isso, rompe o nexo de causal. A greve que é informada ao público pode ser prevista, mas a cidade para sem o transporte público, e não há como evitar o efeito.”

²⁵⁰ Schreiber, Anderson. Tartuce, Flávio. Simão, José Fernando. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 699

Importante notar do acima trazido, que há o rompimento do nexos causal, ou seja, a ação anterior não tem o condão de alcançar o evento danoso, na medida que os institutos acima, o suprimem, e, tomam seu lugar para a caracterização do dano.

Tal assertiva é importante, quando nos deparamos com a questão afeta ao contrato médico, na medida que há situações de certa previsibilidade que podem ocasionar dano, mas, a execução contratual não encontrou qualquer vício que possa ser imputado com descumprimento.

Ainda na conceituação dos institutos continuam Schreiber, Tartuce, Simão²⁵¹:

“Há diversas teorias que pretendem distinguir os conceitos de caso fortuito e de força maior (por todos, Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Obrigações, segunda parte). As que se destacam são aquelas que tratam só fatores da natureza e o fato humano como elemento de distinção. Curiosamente, os autores divergem com esses critérios. Para alguns, se o evento está ligado ao ser humano, estamos diante de caso fortuito (por todos, Carvalho Santos). Para outros, é exatamente o contrário: se o evento está ligado à natureza, estamos diante de caso fortuito e se está ligado à atividade humana, estamos diante de força maior (por todos, Clóvis Beviláqua). Há, ainda, os que utilizam o critério de previsibilidade como diferenciador. Se o evento for previsível, estamos diante de caso fortuito, mas se imprevisível estamos diante de força maior. A importante distinção se dá no âmbito do direito do consumidor, que abandona as categorias do caso fortuito e de força maior e adota a noção de fortuito interno e externo. O fortuito interno está ligado à atividade do fornecedor e o externo é estranho a atividade. É por isso que o fortuito externo afasta o dever de indenizar e o interno não.”

Muito importante a parte final que trazemos da citação acima, pois, embora pelo Código de Defesa do Consumidor adotamos para o caso dos profissionais liberais a responsabilidade civil com culpa, e a previsão do art. 393 do Código Civil traz as duas excludentes dentro do bojo do inadimplemento contratual, que na sistemática do referido código traz a responsabilidade civil por culpa nas relações contratuais, temos autores que defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais objeto do nosso estudo como CAVALIERE, que assim diz²⁵²:

“(…) os profissionais liberais, como prestadores de serviço que são, não estão fora da disciplina do Código do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor – informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova etc.”

²⁵¹ Ibidem, p. 699

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 1107

Assim, vamos nos ater a tese acima onde se aplica o Código de Defesa do Consumidor para tratarmos das excludentes lá previstas, mais precisamente o fortuito externo.

4.3 Excludentes do regime consumerista e do Código Civil

Como alhures dito dentro da linha de abordagem que tratamos até aqui, temos o fortuito externo como causa que exclui a responsabilidade objetiva previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Embora, aparentemente pareça confusa, temos duas situações que vamos pautar a fim de fazermos um estudo sistematizado das excludentes da responsabilidade civil.

A primeira, tratada na seção anterior, sobre as excludentes de responsabilidade civil contratual, sendo o caso fortuito e força maior, aqui vamos tratar da excludente prevista no Código de Defesa do Consumidor, sendo o fortuito externo.

Como já abordado, o fortuito externo é uma construção doutrinária e jurisprudencial na interpretação da excludente do caso fortuito.

O caso fortuito interno, no nosso estudo, ocorre durante o processo da execução do serviço, não eximindo a responsabilidade civil do fornecedor.

Em oposição, o caso fortuito externo é alheio e estranho a execução do serviço, excluindo a responsabilidade civil, isso nos traz, quando do julgamento do Resp n. 1.321.739, quando o E. Relator trouxe ponderações onde aborda a distinção entre imprevisibilidade e inevitabilidade do evento danoso, capaz de eximir a responsabilidade objetiva do prestador do serviço no âmbito das relações de consumo, *in verbis*:

"(...) Dessa forma, a responsabilidade civil do restaurante recorrido, embora diante de uma seguradora, permanece objetiva, forte no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços....". Assim, não se discute a culpa do restaurante, devendo a sua defesa ser concentrada nas hipóteses previstas no parágrafo 3.º do artigo supracitado, que constituem as causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, *verbis*: § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro." O fato exclusivo de terceiro, que importa ao deslinde da demanda, para ser caracterizado, para excluir a responsabilidade objetiva,

deve ser a causa adequada e exclusiva do dano, sem a concorrência de outros fatores, especialmente o defeito na prestação do serviço pelo fornecedor demandado, hipótese em que persistiria a plena responsabilidade do fornecedor de serviços. Em síntese, o fato de terceiro ou a força maior, como reconhecido pelo acórdão recorrido, devem surgir como causa adequada e exclusiva do dano sofrido pelo prejudicado para ensejar o rompimento do nexo causal.”²⁵³

Portanto, embora em outra seara, o julgamento acima, é importante por nos trazer a conceituação do fortuito externo nas relações de consumo, para podemos analisar outro julgado que em julgado sobre responsabilidade civil médica, também traz a referida hipótese de exclusão, ementa *in verbis*:

“Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 0019406-10.2008.8.19.0038 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO - Julgamento: 22/03/2017 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO. CONSUMIDOR. HOSPITAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS. INFECÇÃO HOSPITALAR POR "MICOBACTERIOSE". RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. DANOS MORAIS. Demanda indenizatória ajuizada por paciente, sob o fundamento de que houve falha na prestação dos serviços hospitalares eis que, ao se submeter a procedimento cirúrgico por videolaparoscopia, contraiu infecção por "micobacteriose", tendo que passar por nova cirurgia e tratamento até sanar a infecção. Com efeito, é cediço que "A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)." (AgRg no REsp 1385734/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014). Em não havendo comprovação de que a apelada adotou os meios de proteção necessários para evitar o surto de infecção dentro de seu estabelecimento, tem-se que o fato de ter havido epidemia micobacteriana não se afigura como causa de exclusão do nexo causal. A caracterização do fortuito externo como excludente de responsabilidade civil pressupõe a inevitabilidade do fato, o que não é a hipótese, vez que a infecção hospitalar é caracterizada como fortuito interno, eis que ligada à atividade empresarial realizada pelo hospital. Danos morais configurados. Quantum indenizatório fixado em R\$ 20.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 22/03/2017”²⁵⁴

Portanto, vemos que o fortuito externo derivado das excludentes de caso fortuito e da força maior, é, de fato uma causa de exclusão da responsabilidade civil no fornecimento de serviços médicos, tendo como base o Código de Defesa do Consumidor, no que toca a responsabilidade objetiva.

²⁵³

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801706557&dt_publicacao=11/12/2018

²⁵⁴ <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/erro-medico-hospital-particular.pdf>

Outrossim, à figura do profissional liberal, se aplica a responsabilidade civil subjetiva e contratual, tendo como base as excludentes o art. 393, do Código Civil.

CONCLUSÃO

Depois de termos transcorridos alguns pontos importantes neste nosso estudo, chegou o momento da conclusão, e concluímos que o “erro médico” é segundo trilhamos, a ausência de vício e defeito no serviço médico, ou seja, é o cumprimento contratual, é o seu adimplemento seguindo, não só o objeto principal da obrigação contratual, mas, também, os deveres anexos.

Em outras palavras, inadimplemento contratual médico, se dá de duas formas, uma quando a obrigação principal é parcialmente descumprida, mora, e outra quando há o descumprimento total, inadimplemento, entretanto, não esqueçamos das obrigações e deveres anexos, que estudamos também, onde sua inobservância, também, traz inadimplemento contratual parcial passível de reparação.

Já no que tange as excludentes de responsabilidade civil, temos que em relação ao profissional médico liberal, o inadimplemento contratual sempre se verificará com o conceito de culpa, entretanto, se esta atividade se torna organizada de modo a tirar a figura do profissional liberal, termos a responsabilidade objetiva, onde, se verifica a responsabilidade de indenizar independente de culpa, salvo, as hipóteses de exclusão estudadas.

Ainda, importante destacar que, no caso do inadimplemento contratual por profissional liberal, se fará mediante a aferição da culpa, no entanto, haverá a inversão do ônus da prova, onde o profissional deverá provar que não agiu com culpa (negligência, imperícia ou imprudência), ou as hipóteses de excludentes da responsabilidade civil, tanto aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, quanto as previstas no Código Civil, caso fortuito ou de força maior.

Por fim, destacamos que há ainda importância na dicotomia extracontratual e contratual, na medida que nos trará a aplicação das excludentes e a norma especial que se dará a aplicação, já no que toca a dicotomia de obrigação de meio e de resultado, dentro dos serviços médicos oferecidos por profissional liberal, não traz mais relevância, uma vez que o conceito de resultado aqui é empregado de outra forma, ou seja, se houve o adimplemento contratual, e neste sentido como meio.

Hipótese diferente, é do resultado prometido estampado como meio publicitário, pois, aí não há relação direta com a execução contratual, mas sim, violação ao art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, e não inadimplemento contratual, havendo publicidade enganosa e abusiva, ensejando reparação, mas não diretamente ligada a execução do contrato, pois este pode ter sido perfeitamente executado, e aquele resultado enganoso não ter sido alcançado.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín et al. **La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo**. Pamplona/Espanha: Civita/Thomson Reuters, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. atualizada por Gustavo Tepedino. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. 01. Ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2010.

NILO, Alessandro Timbó. **Direito Médico: O contrato de Tratamento no Direito Brasileiro**. 01. Ed. Curitiba. Juruá Editora, 2020.

Schreiber, Anderson. Tartuce, Flávio. Simão, José Fernando. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2021

SCHREIBER, ANDERSON. TARTUCE, Flávio. Simão, José Fernando. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. [versão kindle/livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Links consultados

<http://www.jf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/601>

https://www.conjur.com.br/2002-jun-18/stj_manda_medico_indenizar_paciente_minas_gerais

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm

Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI (TURMA) Nº 0030882-08.2013.4.01.3400/DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/00308820820134013400>. Acesso em 20 nov. 2023

Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.321.739. https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801706557&dt_publicacao=11/12/2018. Acesso em 20 nov. 2023

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0019406-10.2008.8.19.0038 – APELAÇÃO. <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/erro-medico-hospital-particular.pdf>. Acesso em 20 nov. 2023