

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Ihana dos Santos Guerra

**ESTUDO ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE  
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Porto Alegre

2016

IHANA DOS SANTOS GUERRA

**ESTUDO ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE  
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2016

**IHANA DOS SANTOS GUERRA**

**ESTUDO ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE  
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 08 de julho de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem  
(Orientador)

---

Professor Mestre Juliano Souto Moreira Madalena

---

Professora Mestre Maria Elisa Gay da Fonseca Allgayer

Aos meus pais, Cerli e Sandro, cuja rua, se deles fosse, mandariam ladrilhar com pedrinhas de brilhante só para que eu pudesse passar.

## AGRADECIMENTOS

Muitos são os agradecimentos que devem ser feitos agora que concluo este trabalho que me foi tão caro. Tentarei, da maneira mais eficaz que puder, sintetizá-los em palavras.

À minha mãe, Cerli, por ter sido a maior inspiradora dessa ideia que nasceu sem saber muito bem o que seria, mas sabendo muito bem para que serviria, o meu muito obrigada. Pelas vezes em que, ao falar com amor da sua profissão, me mostrou que se pode ser humana onde se quiser e também se dar conta de que é feminista com mais de 40 anos, o meu muito obrigada. Pelo amor incondicional por mim e pelos meus sonhos e pela confiança que sempre depositou em mim e neles, o meu muito obrigada.

Ao meu pai, Sandro, que me ensinou que se pode ser forte para enfrentar os problemas da vida e ao mesmo tempo ser a pessoa mais doce e amorosa do mundo, por todo o apoio para que eu sempre fizesse as minhas próprias escolhas, o meu muito obrigada. Por ter aberto mão de tantas noites de sono para que eu pudesse voar, correndo atrás daquilo que acreditava, e por todo o amor demonstrado ao tornar os meus sonhos os seus, o meu muito obrigada.

À minha irmã, Elise, que por ser tão diferente de mim me ensina todos os dias, pelos choques de realidade, o meu muito obrigada. Pelas vezes em que a vejo moldando os seus sonhos de forma tão independente, me dando, dessa forma, força nos momentos de fraqueza, o meu muito obrigada. Pelas mensagens inesperadas dizendo que sente saudades e me fazendo lembrar de como minha família é especial, o meu muito obrigada.

Aos meus queridos avôs, Paulo e João, e à minha querida avó Conceição, que mesmo sem saber muito bem o porquê de eu passar tanto tempo longe, sempre torceram por mim ou me deram apoio por meio das suas orações, das conversas em que, acreditando no meu potencial, me perguntavam coisas ou, ainda, dos abraços, apertados dela ou até meio desajeitados deles, o meu muito obrigada. Pelos ensinamentos de vida que recebo de vocês a cada conversa, mesmo que tenham ficado mais raras nos últimos tempos, o meu muito obrigada. À minha avó Leonilda, que não se encontra mais aqui fisicamente, pelo tempo que pude ter na minha vida e

pelas poucas, mas intensas, lembranças que guardo, além do exemplo de honestidade e bondade que se tornou, o meu muito obrigada.

Aos meus dindos tão amados e a toda a minha família, que também sem entender muito bem minhas escolhas, sempre me apoiou e torceu por mim, dando amor através de um almoço e uma conversa, ou, ainda, através de um abraço apertado, o meu muito obrigada. À minha afilhada Isabella, cujos olhos azuis, mesmo que raramente vistos ao vivo, me dão forças para tentar lutar por um mundo com menos ódio em que sua geração possa viver, o meu muito obrigada com o pedido de perdão pela ausência.

Aos amigos e amigas antigos e que fiz durante a caminhada na graduação, por terem sido, por muitas vezes, minha família, meu desabafo, meu alento, minha co-orientação (acadêmica e de vida) e minha diversão, o meu muito obrigada. Não poderei citar nomes para não ser injusta, mas aos amigos e amigas da escola em Frederico e aos fora dela, aos amigos e amigas da faculdade, aos amigos e amigas dos estágios, em especial as minhas princesas amadas, aos amigos e amigas que constituíram uma família em Coimbra, às amigas que me fizeram conhecer o mundo na Redhouse, o meu muito obrigada. Vocês sempre enchem meu coração de amor e os meus dias de alegria.

Às pessoas com quem tive oportunidade de trabalhar nos estágios que realizei, seja no TRF, no escritório Paese, Ferreira ou no atual Menezes da Costa, por me ajudarem a preservar o amor pelo Direito e pelos tão importantes ensinamentos processuais, forenses ou até mesmo de vida, o meu muito obrigada. Cada um dos meus “chefes”, à sua maneira, ajudou a construir minha graduação e a preservar o carinho e gratidão que por eles e elas sinto.

À Faculdade de Direito da UFRGS, que tanta alegria me deu ao saber que dela faria parte e que depois também foi causadora de tantas decepções, o meu obrigada por ter me tirado dos eixos. Por poder conviver em um ambiente intelectual, político e acadêmico de tão alto nível, dentro do qual tanto aprendi e tanto pretendo ainda aprender, o meu muito obrigada. Ao G8-Generalizando, a quem devo o início da ideia que resulta neste estudo, ao CAAR da gestão “Voz Ativa”, que me proporcionou aprender sobre política estudantil, e ao SAJU, que me ensinou humanidade, algo que eu nunca poderia ter aprendido apenas em sala de aula, o meu muito obrigada.

Por fim, aos Mestres e às Mestras que tive durante a graduação, que me ensinaram que estudar Direito pode ser, sim, gratificante e que me proporcionaram imensurável aprendizado, jurídico e de vida, o meu muito obrigada. Em especial, ao meu orientador, Bruno Miragem, que lapidou uma ideia e aceitou encarar esse desafio comigo, por ter acreditado, pela preciosa orientação e pelo alento da própria calma nos meus momentos de desespero, o meu muito obrigada.

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar a ocorrência da responsabilização civil médica nos casos de violência obstétrica. À vista disso, parte-se do pressuposto que o conceito de violência obstétrica e seus dados alarmantes derivam da violação dos direitos do paciente já reconhecidos pelo ordenamento jurídico, sendo o principal deles o direito à autonomia, configurado, no que tange especificamente às gestantes, nos seus direitos sexuais e reprodutivos. Para tanto, busca-se entender os deveres do médico na relação com o paciente cujo não cumprimento ocasiona a violação dos direitos deste. Em decorrência da sua obrigação, que, de regra, trata-se de obrigação de meio, o médico possui para com seus pacientes os deveres de técnica e perícia, cuidado e diligência e informação e esclarecimento. Este trabalho, diante disso, visa a verificar a ocorrência de responsabilização médica nos casos de violência obstétrica, a qual decorre da violação do direito à autonomia, e o dever de informação e esclarecimento parece ser o que mais configura descumprimento nessas situações. Ao não informar a gestante sobre os riscos da submissão a determinados procedimentos contraindicados pela medicina baseada em evidência, tais como episiotomia, Manobra de Kristeller e cesariana desnecessária, ou, ainda, ao não aceitar a sua escolha de não se submeter a algum procedimento, estaria o médico descumprindo sua obrigação e violando os direitos da paciente, havendo, se provada a culpa, o dever de indenizar. Dada, porém, a dificuldade em se constituir prova da culpa médica e a resistência dos tribunais em reconhecer a inversão do ônus da prova no que tange a relação médico-paciente, a verificação da responsabilização civil médica nos casos de violência obstétrica ainda não encontra respaldo na jurisprudência.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil Médica. Deveres do Médico. Direito à Autonomia do Paciente. Consentimento Informado. Violência Obstétrica.

## ***ABSTRACT***

This paper aims to study the civil liability in medical malpractice of cases of violence in obstetrics. With this as a point, we begin with the concept that violence in obstetrics and its alarming data derive from the violation of patient's rights already acknowledged by the legal system, being that the main right is the right to autonomy, configured, as for the gestating, their sexual and reproductive rights. For this, it's imperative the understanding of the doctor's liabilities in his relationship with the patient, which it's non compliance might violate the patient's rights. As a guideline, the physician has the obligation of mean of technical and expertise, care and diligence, information and clarification with his patients. This article aims to verify the occurrence of medical malpractice in cases of violence in obstetrics, which occurs with the violation of autonomy rights and the information and clarification duty, as it seems it is the most common case of non-compliance in these situations. By omitting information to the gestating about the risks of submission to some procedures counter indicated by medicine based on evidence, such as episiotomy, Kriteller manouver and unnecessary caesarean section, or even to disregard the choice of the patient to not submit to any procedure, the doctor would be occurring in a right violation of the patient, existing therefore, the right for indemnization. But giving the difficulty to constitute medical guilt evidence and the resistance of the courts to acknowledge the weight of proof in what is doctor patient relationship, the verification of medical civil liability in cases of obstetric violence is yet to be seen by the law.

**Keywords:** Civil Medical Liability. Medical Malpractice. Medical Duty. Right to autonomy of Patients. Informed Consent. Obstetric Violence.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial da Saúde

SESC – Serviço Social do Comércio

CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

ONG – Organização Não Governamental

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>12</b> |
| <b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>   | <b>14</b> |
| 2.1 NATUREZA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....                                 | 14        |
| 2.1.1 Sujeitos da Obrigação Médica.....  | 16        |
| 2.1.2 A Obrigação Médica enquanto Obrigação de Meio.....   | 18        |
| 2.1.3 Natureza da Obrigação Médica.....  | 21        |
| 2.2 DEVERES DO MÉDICO.....   | 23        |
| 2.2.1 Dever de Informação e Esclarecimento.....  | 24        |
| 2.2.2 Dever de Técnica e Perícia.....  | 28        |
| 2.2.3 Dever de Cuidado ou Diligência.....  | 29        |
| 2.3 VERIFICAÇÃO DA CULPA MÉDICA.....   | 31        |
| 2.3.1 A Responsabilidade Civil Médica como hipótese de Responsabilidade Subjetiva.....                   | 34        |
| 2.3.2 A Demonstração da Culpa Médica.....  | 36        |
| 2.3.3 Hipóteses de Presunção da Culpa Médica.....  | 40        |
| <b>3 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUA REPERCUSSÃO NA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO POR DANOS AO PACIENTE.....</b> | <b>43</b> |
| 3.1 A AUTONOMIA DO PACIENTE.....   | 43        |
| 3.1.1 Autonomia do Paciente e Autonomia Privada.....   | 44        |
| 3.1.2 Autonomia do Paciente e Direito Fundamental à Liberdade.....                                       | 47        |
| 3.2 DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.....   | 51        |
| 3.2.1 Construção Histórica do Conceito.....  | 51        |
| 3.2.2 Critérios para a definição de Violência Obstétrica e sua Repercussão Prática.....                  | 56        |
| 3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.....                      | 63        |
| 3.3.1 Os Deveres do Profissional e sua Violação na caracterização da Violência Obstétrica.....           | 63        |

|   |           |
|---|-----------|
| 3.3.2 Natureza e Extensão da Responsabilidade Médica por Violência Obstétrica.. | 66        |
| <b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>72</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>75</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a importância do direito à saúde, mais especificamente o direito das mulheres à saúde durante seu processo reprodutivo, este trabalho visa a analisar a ocorrência ou não da responsabilização médica nos casos específicos de violação dos direitos da paciente gestante chamados de violência obstétrica.

Tal tema vem ganhando importância no cenário brasileiro em razão tanto da atuação de diferentes grupos políticos quanto da mídia, que tem noticiado a violação dos direitos das mulheres no período pré-parto, de parto e pós-parto. A ocorrência das práticas violentas ou contraindicadas no atendimento às gestantes é evidenciada pelos números. Em 2015, a taxa de mortalidade dos recém nascidos no Brasil era de 11,2 por 1000 nascidos vivos, sendo que a Organização Mundial da Saúde classifica como alta a taxa de mortalidade de 50 mortes a cada 100.000 nascidos vivos. Já quanto à mortalidade materna, a taxa é de 69 mulheres a cada 100.000 nascidos vivos. Em que pese os esforços para a redução desses dados e a tecnologia existente, tais dados permanecem estagnados ou ainda aumentando, o que evidencia a necessidade de mudança das práticas de atendimento às gestantes. A tipificação legal da violência obstétrica nos ordenamentos argentino, venezuelano e mexicano também evidenciam a importância do tema, contudo, no presente estudo proceder-se-á à análise partindo da legislação já existente quanto à violação dos direitos do paciente já reconhecidos pelo ordenamento brasileiro.

A presente monografia utilizará, em seu desenvolvimento, o método hipotético-dedutivo, de modo que ocorrerá análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência atinentes ao tema.

Divide-se, para fins de sistematização, o presente estudo em duas partes. O primeiro capítulo analisará, sob a luz do que estabelece a ordem jurídica brasileira, a obrigação médica e a consequência legal de sua violação, que é a responsabilização civil. Dessa forma, estudar-se-á a natureza da obrigação médica e da responsabilidade civil médica, estabelecendo primeiro quais são os sujeitos da relação médico-paciente, bem como o envolvimento de eventuais terceiros; prosseguindo, abordar-se-á o fato de a obrigação médica constituir obrigação de meio e não de resultado e as consequências dessa classificação, bem como a natureza contratual e extracontratual da obrigação. Tendo, assim, em mente a

incidência da boa-fé objetiva na relação médico-paciente, analisar-se-á os deveres do profissional dela decorrentes, dividindo-os em três grandes grupos: deveres de informação e esclarecimento, de técnica e perícia e de cuidado e diligência. Por fim, sabendo-se que a responsabilização civil médica necessita de culpa para que haja sua verificação, disciplina dada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, proceder-se-á à análise da verificação da culpa médica, expondo também as suas hipóteses de presunção.

O segundo capítulo deste trabalho tratará da violência obstétrica. Por se acreditar que tais casos derivam da violação dos direitos dos pacientes já reconhecidos, principalmente do direito à autonomia, far-se-á, primeiramente, a análise deste direito enquanto autodeterminação do paciente, bem como das regras do ordenamento que o legitimam. Feita a abordagem do direito à autonomia, tratar-se-á do conceito de violência obstétrica, entendendo-o como a violação, pelos profissionais da saúde – no sentido de não atendimento aos deveres que já lhes são estabelecidos –, do direito à autonomia das gestantes no que tange decidir sobre as práticas terapêuticas e diagnósticas que serão utilizadas especificamente no período da gestação, durante o parto e logo após, tendo em vista as recomendações da medicina baseada em evidência. Dessa forma, analisar-se-á os pressupostos responsabilização civil médica nos casos de violência obstétrica, partindo-se dos deveres decorrentes da boa-fé na relação médico-paciente, dos direitos das gestantes e da reflexão sobre os números das violações ocorridas nesses casos.

Por fim, os aspectos essenciais apontados ao longo deste estudo serão retomados nas considerações finais, de modo a oportunizar o entendimento dos pressupostos da responsabilização civil médica nos casos específicos das gestantes aqui pesquisados e o que o cenário brasileiro atual apresenta em termos de apuração dessa responsabilidade.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O direito à saúde<sup>1</sup> e à integridade física constitui direito fundamental cuja importância foi reconhecida, principalmente, na Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>. O constituinte criou, então, do Sistema Único de Saúde<sup>3</sup>, que visava a efetivar o acesso de todas as pessoas aos mecanismos para a manutenção digna de uma vida saudável.

Dentro desse panorama, em que pese a dificuldade em se implantar um sistema de saúde de acesso universal, os serviços médicos passaram a ser alcançáveis por grande parcela da população, ocupando papel de extrema importância, uma vez que é por meio deles que, de fato, constitui-se a efetivação do direito à saúde. Assim, dada a disseminação dos serviços médicos e a importância da relação médico-paciente, com o decorrer do tempo esta passou da relação de confiança/aconselhamento tida antigamente para uma relação jurídica cuja regulação pelo ordenamento tornou-se imprescindível a fim de que os possíveis abusos dessa relação fossem controlados e o direitos do paciente preservados. Tanto os deveres do médico quanto os do paciente na relação que compõem passaram a constituir obrigações cuja violação acarreta responsabilização tanto na esfera civil quanto na penal.

Dessa forma, antes de se proceder à discussão central do presente estudo, que consiste na verificação da ocorrência de violação dos deveres médicos nos chamados casos de violência obstétrica e da conseqüente responsabilização civil que tal violação ocasiona, faz-se necessário analisar as características da obrigação médica e da responsabilidade civil médica no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup> Segundo a Organização Mundial da Saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 09/07/2016.

<sup>2</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>3</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

## 2.1 NATUREZA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Os serviços médicos, sejam clínicos ou hospitalares, prestados individual ou coletivamente, submetem-se tanto ao Código de Defesa do Consumidor, quanto à Lei sobre Planos de Saúde de 1996, ao Código de Ética Médica e às regras que dispõe o Código Civil sobre responsabilidade médica e prestação de serviços, havendo um importante diálogo das fontes no que tange o regramento dessa relação.<sup>4</sup>

Contudo, em que pese o estudo da responsabilidade civil do médico abranger tanto o estudo da responsabilidade do médico enquanto profissional quanto das clínicas de saúde e dos hospitais<sup>5</sup>, este trabalho ater-se-á ao exame do primeiro caso.

Nesse sentido, quanto ao regramento da atividade médica, ensina Véra Maria Jacob de Fradera:

Atividade desenvolvida no ambiente social, o exercício da Medicina está sujeito às normas jurídicas, emanadas pelo Estado, com o fito de regular a ação e o comportamento dos médicos em seu relacionamento com os pacientes. Estão eles, portanto, obrigados a certos deveres cujo descumprimento acarreta-lhes a responsabilidade.<sup>6</sup>

Por estar a relação médico-paciente submetida a diferentes fontes, deve-se identificar “quais são os deveres de boa-fé, de conduta e contratuais que foram imputados pelo direito brasileiro a estes profissionais”.<sup>7</sup> Assim, tem-se que a obrigação médica consiste nos deveres estabelecidos na relação contratual, mas também nos deveres de conduta e boa-fé, bem como nos deveres anexos dela decorrentes, dos quais se tratará ao longo deste trabalho.

---

<sup>4</sup> MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor**, in Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 394-395.

<sup>5</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568.

<sup>6</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, in AJURIS, vol. 19, nº 55, 1991, p. 117.

<sup>7</sup> MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor**, in Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.

Ademais, tal obrigação, de regra, configura uma obrigação de meio, ou seja, aquela em que o devedor não se compromete com o resultado da prestação e sim com o seu melhor cumprimento, o que reforça os deveres de boa-fé e os dela decorrentes. Além disso, pode ser contratual ou extracontratual, diferença que possui relevância no que diz respeito à comprovação da culpa para fins de responsabilização quando da violação da obrigação.

O CC de 2002 prevê em seu art. 927 como regra geral para os casos de responsabilidade: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Ainda, no que tange a responsabilidade civil do profissional, prevê no 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.”<sup>8</sup>

Entendendo, ainda, a relação do profissional médico com seu paciente como uma relação de consumo (em que há prestação de serviço e remuneração direta ou indireta), submete-se também esse regime de responsabilidade à Lei nº 8.078 de 1990. Contudo, a relação médico-paciente, dada de maneira pessoal, fica subordinada à exceção do que estabelece o CDC, uma vez que imprescindível a verificação da culpa para a configuração da responsabilidade, diferentemente da regra geral determinada pelo CDC (art. 14, §4º, CDC<sup>9</sup>).<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568

<sup>9</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

<sup>10</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 598.

### 2.1.1 Sujeitos da Obrigação Médica

Os sujeitos da obrigação médica, originariamente, são o médico e seu paciente. Contudo, quanto à eventual responsabilização, pode-se acrescentar terceiros envolvidos e outras vítimas. Tratando-se da relação originária (médico-paciente), o profissional possui superioridade técnica, devendo assumir a iniciativa no questionamento de informações relevantes sobre o paciente, informá-lo dos riscos e efeitos colaterais do tratamento, bem como utilizar a técnica terapêutica mais adequada, tudo isso para atingir o melhor cumprimento da obrigação com a qual se compromete.<sup>11</sup> Ao paciente, porém, também é imputado o dever de colaboração no que concerne a preservação de sua saúde: deverá seguir as recomendações e informar aspectos relevantes para o bom cumprimento da prestação. Se o paciente, descumprindo com seus deveres, contribuir de maneira decisiva para a ocorrência do dano, tratar-se-á a hipótese de culpa exclusiva da vítima, quando se deve afastar a responsabilidade do profissional.<sup>12</sup>

Nesse sentido, questão relevante a tratar é a de quem são os legitimados para propor a demanda quando estabelecida a obrigação de indenizar. O dano sofrido pelo credor da prestação, por certo, atinge emocionalmente seus familiares e pessoas próximas, contudo, isso seria suficiente para a legitimação de uma indenização? Quando se trata dos legitimados para a demanda indenizatória é preciso tomar muito cuidado para que a arbitrariedade não estenda demais esse rol. De acordo com o art. 12 do CC<sup>13</sup>, no caso de lesão à personalidade ou morte da vítima, seus sucessores são legitimados a reclamar sua proteção e, de regra, também o dano, não sendo eles mesmos, porém, vítimas. Já no que tange o dano por ricochete, deverão ser analisadas as circunstâncias do caso quanto à legitimidade: danos patrimoniais deverão ser provados e danos extrapatrimoniais dependerão de uma situação excepcional ou de uma situação específica em que o

---

<sup>11</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 574.

<sup>12</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 574.

<sup>13</sup> 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.

terceiro tenha participado diretamente ou a que tenha sido exposto para que possa reclamar indenização em nome próprio.<sup>14</sup>

Esclarecidas, dessa forma, a previsão legal da responsabilidade civil do médico enquanto profissional liberal, bem como a extensão dos sujeitos envolvidos na obrigação médica que serão afetados com eventual responsabilização, imprescindível analisar a responsabilidade desse profissional liberal sob duas perspectivas: obrigação médica enquanto obrigação de meio e natureza contratual e extracontratual obrigação médica na relação médico-paciente.

### 2.1.2 A Obrigação Médica enquanto Obrigação de Meio

Quanto à classificação da obrigação médica, em regra, como obrigação de meio, ensina Ruy Rosado em clássico artigo sobre responsabilidade civil do médico:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios.<sup>15</sup>

Ainda, a obrigação de meio pode ser entendida, de acordo com Flávio Tartuce, como aquela em que ao devedor cabe empenhar-se para alcançar o resultado da prestação desejado, não sendo necessária sua satisfação. Acresce que aqueles que a assumem estão sujeitos ao regime da responsabilidade subjetiva, que é o caso dos profissionais liberais em geral, e isso ocorre devido à previsão do art. 14, § 4º, do CDC<sup>16</sup>.

Ao também enfrentar o tema, Aguiar Dias afirma que “o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as

---

<sup>14</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 575.

<sup>15</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 125.

<sup>16</sup> TARTUCE, FLÁVIO. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 77.

aquisições da ciência”<sup>17</sup>. Segue ratificando que os médicos comprometem-se a tratar seus pacientes com zelo, utilizando-se de recursos adequados, não se obrigando a curá-los. Acrescenta que haverá, assim, a responsabilização civil apenas quando for comprovada uma das três modalidades de culpa, seja imprudência, negligência ou imperícia.<sup>18</sup>

Ainda, Bruno Miragem ensina que é fora de dúvida que a obrigação médica, de regra, constitui obrigação de meio.<sup>19</sup> Não há comprometimento do devedor (médico) com o cumprimento da pretensão específica do credor (paciente),

---

<sup>17</sup> AGUIAR DIAS, José de *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

<sup>19</sup> Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS. FIBROPLASIA RETROENTOCULAR, QUE OCASIONOU PERDA DA VISÃO AO PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO POR ALEGADO ERRO CULPÁVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO COMISSIVO OU OMISSIVO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. 1. Não procede a alegação de que o recurso especial foi interposto a destempo, pois o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 2 de março de 2007 e o recurso especial, segundo afirmado, interposto no dia 19 de março de 2007. A certidão de fl. 789 esclarece que o acórdão dos embargos de declaração, de fato, foi publicado na data afirmada - sexta-feira. Todavia, como houve publicação no Diário de Justiça eletrônico, considera-se o primeiro dia útil seguinte como data da efetiva publicação. Com efeito, deve ser considerado como data de publicação o dia 5 de março de 2007 (segunda-feira), considerando-se, portanto, como o termo ad quem do prazo recursal, o dia 20 de março de 2007. 2. A obrigação do médico, em regra, é de meio, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. 4. “O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor”. (REsp 1.216.424/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011) 5. No caso, a Corte local apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que “não há como estabelecer como único vínculo para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte” e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que “o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado” pela Ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame provas, obstado pela Súmula 7/STJ. 6. Recurso especial não provido. (REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012)

porquanto se houvesse, caso não fosse curada a enfermidade, o devedor ficaria inadimplente<sup>20</sup>. Contudo, faz a seguinte ressalva:

(...) no estágio atual do direito das obrigações, sobretudo em face do reforço dos deveres de colaboração e respeito das partes, decorrentes da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, o fato de não haver um comprometimento do devedor com o resultado da obrigação não significa simplesmente a indicação genérica de um dever de melhores esforços. Conduz-se o direito das obrigações pela concretização dos deveres das partes, mesmo nas denominadas obrigações de meio, como é o caso dos deveres de informação e de segurança<sup>21</sup>. Considerando-se nesse contexto a obrigação médica, reconhece-se também a ela o dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, o qual se deve traduzir por uma série de comportamentos concretos e objetivos do profissional.<sup>22</sup>

Assim, depreende-se que ainda que a obrigação médica constitua obrigação de meio, sendo imprescindível o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva (como cuidado e diligência), não se comprometendo o profissional com o resultado da obrigação, há certos deveres objetivos que devem ser cumpridos quando da sua conduta de atuação e que, não sendo, podem caracterizar o descumprimento da prestação.

Por outro lado, deve-se ressaltar, quanto à natureza da obrigação médica, que em que pese sua classificação, de regra, enquanto obrigação de meio, existem hipóteses em que a doutrina é quase unânime ao considerar como obrigação de resultado. Ruy Rosado, nesse sentido, também leciona sobre tais hipóteses:

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar certa visita.<sup>23</sup>

Dentro dos casos em que a obrigação médica é classificada como obrigação de resultado, existem duas hipóteses em que a doutrina é quase unânime e que são as mais recorrentes. A primeira diz respeito às cirurgias plásticas, que podem ser divididas em estéticas e reparadoras. No primeiro caso, a obrigação médica poderia ser considerada obrigação de resultado, uma vez que existe um fim específico

<sup>20</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 569.

<sup>21</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. **Les obligations**. Paris: PUF, 2004, p. 421-422.

<sup>22</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 569.

<sup>23</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 125.

desejado pelo credor; no segundo caso, a doutrina entende que poder-se-ia considerar uma obrigação de meio, uma vez que o médico, ao reparar um dano estético, pode não alcançar exatamente o resultado desejado pelo paciente, independentemente do seu empenho<sup>24</sup>. Já a segunda hipótese diz respeito às anestésias, sendo a prestação do médico anestesista consistente em fazer o paciente dormir e acordar, bem como resolver eventuais problemas que podem ocorrer durante e após esse processo, tratando-se, sem dúvida, de um fim específico a ser alcançado.<sup>25</sup>

Assim, sendo a obrigação de resultado, caberá ao credor demonstrar, além da existência do contrato, o fato de que a prestação pretendida não foi atendida, o que, independentemente das razões bastará para caracterizar o descumprimento do contrato, cabendo ao devedor provar caso fortuito ou força maior para eximir-se da responsabilidade. Por outro lado, sendo a obrigação de meio, o credor – paciente – deverá comprovar a conduta ilícita do devedor – médico –, ou seja, que ele não agiu em conformidade com os deveres de atenção, diligência e cuidado necessários para a execução da obrigação.<sup>26</sup>

### 2.1.3 Natureza da Obrigação Médica

Quanto à natureza da obrigação médica, cujo reflexo se faz sentir, especialmente, no seu regime de responsabilidade, é de destacar que, atualmente a doutrina tende a sagrar um regime único, não fazendo distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, o que já ocorre no CDC<sup>27</sup>. Há, contudo, alguma persistência quanto à presença da visão dualista – que diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual – quanto à obrigação do profissional médico, havendo, ainda, distinção entre a responsabilidade decorrente de um negócio jurídico em que o descumprimento caracteriza o dano e a responsabilidade

---

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 380

<sup>25</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 579.

<sup>26</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 125.

<sup>27</sup> TARTUCE, FLÁVIO. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 24.

decorrente da boa-fé objetiva, em que não há rompimento do contrato, mas violação dos deveres que dela derivam<sup>28</sup>.

Clóvis do Couto e Silva<sup>29</sup>, apesar de admitir que a doutrina está abandonando a contraposição entre obrigações contratuais e extracontratuais em razão de se guiar pelo único fundamento do contato social, faz a ressalva de que enquanto não houver adaptação legal a esses princípios, deve-se admitir, ao menos no plano expositivo, que a responsabilidade civil médica não obedece a um sistema unitário.<sup>30</sup>

A responsabilidade médica pode ser contratual, que ocorre quando há um contrato celebrado entre médico e paciente livremente, na maioria das vezes de forma tácita, em que o cliente escolhe o profissional para prestar o serviço. Ainda, pode ser extracontratual, que ocorre quando as circunstâncias da vida colocam o profissional frente ao paciente, fazendo com que preste assistência<sup>31</sup>.

Essa classificação dualista, em termos práticos, acaba levando a consequências muito semelhantes às da diferença entre obrigação de meio e resultado, que dizem respeito à distribuição do ônus da prova entre as partes da relação. Quando se trata de obrigação contratual, de regra, é presumida a culpa do devedor se houver inadimplemento. Já na hipótese de obrigação extracontratual, além da exigência de demonstração de nexo causal entre o dano e a conduta do titular do dever, também exige, em regra, a demonstração de culpa.<sup>32</sup>

E se no campo da distinção entre obrigações contratuais e extracontratuais é difícil uma separação, de acordo com Bruno Miragem<sup>33</sup> no que tange os deveres jurídicos isso se dá de forma ainda mais complicada. A incidência da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais fez com que passasse a existir uma série de deveres a serem observados pelos contratantes sem que estejam expressamente previstos.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124.

<sup>29</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124.

<sup>30</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124.

<sup>31</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124.

<sup>32</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 591.

<sup>33</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 591.

<sup>34</sup> MENEZES CORDEIRO, António *apud* MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 591.

Assim, tais deveres independem de previsão contratual, o que acaba por tirar um pouco da relevância da distinção.

Ainda que se tenha em mente as considerações anteriormente colocadas quanto à talvez não tão relevante diferenciação entre obrigações contratuais e extracontratuais, Bruno Miragem, baseado na lição de Ruy Rosado, traz as consequências práticas dessa distinção:

(...) a utilidade da distinção diz respeito à carga de prova atribuída às partes, o que, no caso da responsabilidade contratual, admite a presunção da culpa médica, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade com a conduta profissional, necessitando em acréscimo, na hipótese de responsabilidade extracontratual, da demonstração do dolo, negligência, imprudência ou imperícia do médico<sup>35 36</sup>.

Assim, depreende-se que tanto a tendência da doutrina em adotar uma teoria monista quanto à natureza da obrigação médica quanto a teoria dualista que traz a distinção entre contratual e extracontratual demonstram a relevância de seu exame. Isso se dá quando da demonstração da culpa e até mesmo quanto à distribuição do ônus da prova para a verificação da ocorrência da responsabilidade e, por consequência, do dever de indenizar.

## 2.2 DEVERES DO MÉDICO

Apesar de a obrigação médica constituir um contrato de prestação de serviços, o conteúdo dessa obrigação diz respeito à especialidade própria dessa atividade, não devendo ser confundido com qualquer outro tipo de prestação de serviços, até porque se constitui uma obrigação de meio.<sup>37</sup> Tendo isso em consideração, leciona Carlos Roberto Gonçalves sobre os deveres do profissional médico:

A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais.

<sup>35</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 571.

<sup>36</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124-125.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

Ademais, cumpre destacar que Ruy Rosado, para classificar tais deveres específicos, utiliza-se da classificação de Aguiar Dias, segundo a qual existem três deveres principais implícitos na prestação médica que são: conselhos, cuidados e abstenção de abuso ou desvio do poder<sup>38</sup>, colocando o dever de informação e esclarecimento em equivalência com o chamado dever de conselhos. Além disso, atribui ao profissional médico os deveres de sigilo; impossibilidade de abusar do poder “submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamento incompatíveis com a situação”; não abandonar o paciente sob seus próprios cuidados, salvo quando houver motivos para a renúncia do atendimento, desde que assegurada sua continuidade; garantir sua substituição por profissional habilitado no caso de impedimento eventual; não recusar atendimento a paciente que o procure em caso de urgência se não houver outro em condições de prestar.<sup>39</sup>

Em que pese a classificação de Aguiar Dias e a sistematização dos deveres realizada por Ruy Rosado, para fins de explanação, neste trabalho utilizar-se-á a divisão efetuada por Bruno Miragem por abarcar tanto os deveres decorrentes da boa-fé objetiva quanto os previstos pela legislação.

Conforme já colocado anteriormente, o fato de a obrigação médica constituir obrigação de meio não implica em haver apenas deveres genéricos decorrentes da boa-fé. A obrigação médica diz respeito a um conjunto de deveres que, apesar de decorrentes da boa-fé objetiva, são específicos e, de acordo com Bruno Miragem, podem ser divididos em três grandes grupos baseados na sistematização realizada pela doutrina, sejam eles: deveres de informação e esclarecimento; deveres de técnica e perícia, e deveres de cuidado ou diligência<sup>40</sup>.

### 2.2.1 Dever de Informação e Esclarecimento

Previsto no art. 6º, III, do CDC, o dever de informar está ligado ao princípio da transparência e estabelece como obrigação do fornecedor prestar todas as

---

<sup>38</sup> AGUIAR DIAS, José de *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 125.

<sup>39</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 127.

<sup>40</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 580.

informações tanto acerca do produto quanto acerca do serviço prestado. Tal princípio é tratado no art. 31 do CDC, que destaca a necessidade do fornecimento de informações “corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”<sup>41</sup> A existência desse dever quando da prática médica, em específico, é o que se mostra mais reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, conseqüentemente, é aquele onde há menos resistência para a caracterização de violação.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

<sup>42</sup> De acordo com pesquisa realizada utilizando os termos “responsabilidade médica” e “dever de informação”, bem como “responsabilidade médica” e “dever de informar”, consultando resultados de 2013 a 2016. Nesse sentido:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Agravo retido não provido. Pedido de complementação de laudo pericial. Desnecessidade. Novos quesitos que não decorrem das conclusões lançadas no laudo. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Rinoplastia. Obrigação de resultado. Erro médico caracterizado. Dever de indenizar configurado. Paciente que restou com problemas na função respiratória, necessitando submeter-se a três novos procedimentos cirúrgicos para a reversão do problema. Descumprimento do dever de informação. O profissional da medicina tem o dever de informar o paciente sobre os detalhes do procedimento, os riscos e implicações, bem como as suas garantias, além dos cuidados necessários para alcançar o resultado almejado, o que não restou demonstrado nestes autos. Ausente dever de indenizar em relação ao segundo requerido que não atuou na rinoplastia, mas somente nos procedimentos posteriores na tentativa de reverter o quadro de oclusão nasal apresentado. Agravo retido não provido. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70066290909, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 17/12/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. VASECTOMIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE FALHA NO PROCEDIMENTO. DEVER DE INFORMAR OBSERVADO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. Inexistência de provas nos autos para comprovar imputada falha na realização da vasectomia realizado pelo demandado, ou de erro médico havido no procedimento. Comprovação do dever, pelo médico réu, de informar acerca da falibilidade do procedimento de vasectomia, tendo os autores assinado termo de consentimento no qual constava tal esclarecimento, o que afasta a tese de desconhecimento da possibilidade, ainda que remota, de reversão natural do método. Os exames trazidos aos autos, realizados após a cirurgia, apontavam a infertilidade do autor, de modo que não restou caracterizado erro do médico na avaliação dos laudos e na liberação do autor para ter relações sexuais. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70060383296, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/09/2014)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. RESULTADO INDESEJADO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. A cirurgia plástica de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas de resultado. O direito à informação, trata-se de um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, III, do CDC), e tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. Os elementos dos autos mostram que a requerida não informou à paciente sobre todos os possíveis resultados do procedimento. Sendo o resultado da cirurgia plástica diferente daquele esperado pela autora, configurado está o dano moral que se deu in re ipsa. Manutenção do montante indenizatório considerando o grave equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. São devidos os danos materiais consistentes no valor despendido para a realização da cirurgia (despesas com a hospitalização e honorários profissionais para a realização da cirurgia). APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70050565142, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/02/2013)

A fim de definir o dever de informação e esclarecimento, adota-se as palavras de Claudia Lima Marques com apoio na doutrina alemã:

“Trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (hinreichende Aufklärung), pessoalmente (in einem persönlichen Gespräch) sobre os riscos típicos (typische Gefahren) e aspectos principais (wesentliche Umstände) do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (Pflicht aus Treu und Glauben) na conduta do expert em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (Vertrauensverhältnis), alcançando, na fase prévia, graus de dever de alerta (Warnpflicht) e de aconselhamento/dever de conselho (Beratungspflicht) visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente (wirksame Einwilligung des Patienten), geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*”.<sup>43</sup>

No sistema jurídico brasileiro, o dever de informação e esclarecimento encontra-se positivado no CDC (arts. 6º, 31, 56 e 41), o que resulta na incidência do princípio da boa-fé objetiva, positivado, por sua vez, no CC (arts. 113, 187 e 422). A incidência da boa-fé objetiva na obrigação resulta em deveres anexos à obrigação principal, quais sejam colaboração, lealdade e respeito às expectativas legítimas da outra parte, devendo, o médico ou a instituição hospitalar cumprir com esses deveres. O dever de informação-colaboração diz respeito às informações prestadas para o melhor restabelecimento do paciente, bem como para que sejam tomadas as providências que resultem na máxima recuperação; o dever de informação-lealdade diz respeito ao esclarecimento dos riscos aos quais o paciente será submetido, efeitos colaterais e até possíveis gastos econômicos, e o dever de informação-respeito às expectativas legítimas corresponde ao esclarecimento do diagnóstico, das chances de êxito do tratamento e até de eventual cirurgia corretiva.<sup>44</sup>

Dentro dos deveres de informação e esclarecimento, cumpre destacar o conteúdo do dever de informar do profissional médico. Tal conteúdo compreende todas as informações que o paciente deve ter acesso para tomar a decisão de se submeter ao procedimento ou não, inclusive possíveis consequências e técnicas a serem utilizadas<sup>45</sup>. De acordo com Gustavo Tepedino:

<sup>43</sup> MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor**, in Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 399-400.

<sup>44</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 581-582.

<sup>45</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 582.

“O dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente.”<sup>46</sup>

Ressalte-se que a informação também deve ser eficaz, ou seja, prestada de maneira simples e de acordo com o entendimento do paciente. Assim se dá o correto atendimento ao dever de informar. Ademais, excetua-se ao dever de informar o privilégio terapêutico (art. 34 do Código de Ética Médica<sup>47</sup>), devendo-se conciliar o dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente a fim de que não seja levado à angústia ou desespero<sup>48</sup>. Quando a perspectiva for de um desfecho fatal, quem deve ser informado é o responsável para o paciente.<sup>49</sup> Vale a ressalva, contudo, de que a interpretação para a utilização do privilégio terapêutico deve ser restritiva, atendendo plenamente ao dever de informar.<sup>50</sup>

Ainda no que tange os deveres de informação e esclarecimento, deve-se levar em conta o consentimento informado, que entende-se, conforme leciona Bruno Miragem, por:

“procedimento pelo qual o paciente é esclarecido pelo profissional médico sobre todos os aspectos relevantes pertinentes ao tratamento, terapia ou procedimento a que será submetido, tais como riscos, efeitos colaterais, chances razoáveis de êxito, custos, e após o qual manifesta concordância expressa com sua realização, nos estritos termos das informações que lhe foram transmitidas. Pressupõe, para sua correta realização, que sejam considerados, entre outros aspectos: a) as condições subjetivas do paciente, tais como idade, nível cultural e de instrução, entre outras qualidades relevantes à compreensão das informações a serem repassadas pelo profissional médico; b) a capacidade do paciente de formular uma decisão racional com base nas informações obtidas; e c) linguagem acessível e precisa (não ambígua) quanto aos procedimentos e riscos.”<sup>51</sup>

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, p. 41-75, abr/jun. 2002, p. 92.

<sup>47</sup> Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

<sup>48</sup> PENNEAU, Jean *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 126.

<sup>49</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 126.

<sup>50</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 583-584.

<sup>51</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 585.

O dever de consentimento informado enquanto algo prévio, pré-contratual, surge no direito estrangeiro depois de longo desenvolvimento jurisprudencial. No Brasil, por sua vez, é adotado pelo Código de Ética Médica e, sobretudo, pelo dever de informar positivado no CDC.<sup>52</sup>

Assim, quanto ao consentimento informado, há duas grandes consequências. De um lado, a prova de que o médico informou corretamente e de maneira eficaz o paciente sobre o que era necessário saber para que ele se submetesse ao procedimento, e, de outro, o atendimento, si, ao dever de informar pelo profissional e, por conseguinte, a efetivação do direito à informação do paciente. Por fim, a existência do consentimento informado não exime o profissional de eventuais danos decorrentes de sua atuação; sua exigência se dá pela proteção da confiança na relação médico-paciente.<sup>53</sup>

Nesse contexto, uma indagação importante que deve ser trazida à baila é: até que ponto vai o dever de informar? Quais são os seus limites? Sérgio Cavalieri, tentando responder tais questionamentos, entende que nesse quadro, deve-se levar em consideração três fatores. O primeiro é a circunstância em que o fato ocorreu, pois nos casos urgentes nem sempre se consegue debater questões menores, como efeitos colaterais; o segundo é se os riscos são consideráveis ou numericamente irrelevantes, e, por fim, se caso a informação fosse prestada, o paciente teria se recusado a aceitar o procedimento nos moldes em que foi realizado. Fora desses limites, segue Cavalieri, não há como responsabilizar o profissional médico.<sup>54</sup>

Por derradeiro, deve-se examinar as consequências da violação do dever de informação e esclarecimento. Em razão de esse dever ser decorrente da boa-fé objetiva, ou seja, um dever acessório, a doutrina entendia que sua violação não gerava dever de indenizar caso a obrigação principal fosse prestada. Tal visão, contudo, foi superada em razão do reconhecimento da boa-fé objetiva como fonte autônoma de deveres jurídicos, cuja violação importa, sim, no dever de indenizar.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 585.

<sup>53</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 586-587.

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 378-379.

<sup>55</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 587-588.

### 2.2.2 Dever de Técnica e Perícia

O segundo grande grupo dentro do qual Bruno Miragem classifica os deveres do profissional médico corresponde aos deveres de técnica e perícia. Não se pode olvidar, no exame da responsabilidade médica, a evolução permanente e constante dessa ciência. O exame da técnica e da perícia, bem como da diligência, encontra-se no cerne da grande maioria dos casos em que se examina a responsabilidade médica. Deve-se ter em mente que ao profissional não basta apenas a atualização teórica: ele precisa atentar ao desenvolvimento prático do conhecimento em relação à situação concreta enfrentada e às particularidades do paciente, além das divergências científicas quanto a eventuais tratamentos, evidenciando, assim, a submissão à técnica e à evolução da ciência na hora de propor ao paciente eventual tratamento ou procedimento.<sup>56</sup>

Em outras palavras, ainda que possua conhecimento sobre variados tratamentos e procedimentos, não poderá o médico, levando em consideração o caso concreto, deixar de aplicar tratamento comprovadamente mais eficaz pela ciência em razão de uma convicção ideológica, por exemplo. É imprescindível que se atente sempre às circunstâncias da situação e ao tratamento ou procedimento mais indicado pela ciência para aquele caso, especificamente.

Contudo, identificar um erro nas hipóteses de exame de técnica e perícia pode ser algo trabalhoso, uma vez que se trata de técnicas normalmente subordinadas a diferentes linhas teóricas que podem ser seguidas dentro da ciência, razão pela qual não se pode afirmar que uma delas é a efetivamente correta. Porém, isso não dá causa a eximir o médico de, como já exposto, conhecer o desenvolvimento prático de determinada técnica e a relação entre diferentes técnicas e diferentes casos.

Por exemplo, pode-se exigir mais conhecimento técnico de um especialista do que de um generalista, por exemplo e, além disso, que o profissional esteja sempre atualizado, uma vez que se considera inerente ao dever de conhecimento técnico do médico manter seu saber em consonância com as atualizações da ciência.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588.

<sup>57</sup> NIGRE, André Luiz. **Responsabilidade civil do médico**. In: NIGRE, André Luiz (Coord.). **Direito e medicina: um estudo preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

### 2.2.3 Dever de Cuidado e Diligência

O terceiro grande grupo da classificação de Bruno Miragem, por sua vez, corresponde aos deveres de cuidado ou diligência. Cumpre, neste ponto, ressaltar que esse é um dever que abrange todas as condutas humanas e que reclamar um comportamento cuidadoso e cauteloso em relação às condutas realizadas não é algo que se possa fazer apenas em relação ao médico, mas em relação a todos os profissionais. Contudo, a negligência resultante da violação desses deveres pelo profissional médico caracteriza-se como culpa omissiva<sup>58</sup>“em relação a comportamentos recomendáveis pela prática e ciência médica”.<sup>5960</sup>

Dessa forma, por se tratar de um dever genérico e de difícil verificação da violação, o juiz deverá analisar o caso de acordo com as circunstâncias. Não poderá levar em consideração apenas um padrão de conduta abstrato, mas a situação que

<sup>58</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 589.

<sup>59</sup>TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde**. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

<sup>60</sup> Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PROFISSIONAL E DO HOSPITAL. CÁLCULO RENAL. RECIDIVA. EPISÓDIOS REPETITIVOS. TRATAMENTO ADEQUADO. AUSÊNCIA DE CULPA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. 1. Do caso  $\zeta$  Ação de indenização fundamentada em erro médico. A autora foi submetida a cirurgia para a retirada de cálculo renal, procedimento realizado pelo médico réu e no hospital demandado. Aproximadamente dois meses depois foi identificado, por meio de exames, novo cálculo no mesmo local. Com isso, a autora concluiu que não houve a retirada do cálculo, sendo este o fundamento do pedido de indenização. 2. Da responsabilidade civil do médico  $\zeta$  A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva, do que decorre a necessidade de demonstração de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. Tudo o que caracterizar falha culposa no desempenho do ofício caracteriza a responsabilidade civil. 3. Da responsabilidade civil do hospital  $\zeta$  A responsabilidade médica empresarial é objetiva, haja vista restar caracterizada a prestação de serviços. Art. 14, caput, do CDC. No que tange à responsabilidade do hospital pelo dito erro médico, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do profissional. 4. Da prova dos autos  $\zeta$  O contexto probatório demonstra a correção da atuação do médico quando da realização do procedimento cirúrgico a que a autora foi submetida. A prova técnica atesta que o tratamento proposto foi adequado e bem sucedido, sendo o cálculo efetivamente removido. A recidiva de cálculo renal  $\zeta$  episódios repetitivos -, é hipótese prevista na literatura médica e não se relaciona, de modo algum, à conduta do profissional. Nada há que indique tenha o médico agido com culpa na condução e execução do tratamento da autora, o que, de pronto, afasta a configuração de responsabilidade civil, do hospital inclusive, haja vista a vinculação desta àquela. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70023811870, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 28/05/2008)

foi colocada ao profissional, bem como as particularidades da relação que havia entre o médico e o seu paciente.<sup>61</sup>

Em se tratando de exercício da profissão médica, Ruy Rosado destaca que deve haver atendimento ao dever de cuidado em algumas circunstâncias específicas:

O ato médico deve ser praticado de tal sorte que, além do cuidado que toda pessoa deve guardar na sua vida de relação (não confundir, na hora da extração, o membro são com o doente; não tomar o paciente; não esquecer instrumentos na incisão do operado, etc.), ainda atenda aos deveres de cuidado próprios da profissão, no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico.<sup>62</sup>

Quanto ao dever de prudência, espécie do gênero cuidado ou diligência, por sua vez, leciona Bruno Miragem:

Trata-se, igualmente, de um dever genérico, a condicionar a conduta de todas as pessoas em suas relações. No que se refere à atuação do profissional médico, entretanto, considera-se imprudente a adoção de procedimentos que se afastem dos padrões de conduta técnica médica, que suprimam fases de tratamento ou de qualquer modo realizem procedimentos pelos quais o profissional tenha mais confiança em seus próprios juízos do que no que estabelece a ciência.<sup>63</sup>

Por conseguinte, estando a relação médico-paciente submetida ao princípio da boa-fé objetiva e levando-se em consideração não apenas os deveres genéricos dela decorrentes, destacam-se dentro dos deveres específicos a serem cumpridos na atuação médica, três grandes grupos cuja distinção é feita por Bruno Miragem: a necessidade da informação efetivamente prestada ao paciente, que dá azo ao consentimento informado, a atenção à ciência e aos métodos utilizados e a imprescindibilidade de tais métodos estarem em consonância com o caso concreto, bem como à necessidade de o médico manter-se atualizado com o seu avanço e, por último, o dever de prudência e de cuidado que se deve ter ao tratar de uma vida humana.

---

<sup>61</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590.

<sup>62</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 126-127

<sup>63</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590.

### 2.3 A VERIFICAÇÃO DA CULPA MÉDICA

A culpa, segundo alguns autores que a definem de acordo com uma concepção moral de culpabilidade, considerando apenas o seu aspecto subjetivo, pode ser entendida como a ocasião em que o agente podia prever e evitar o dano, se quisesse, agindo livremente.<sup>64</sup> Savatier define, ainda, a culpa como “inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”.<sup>65</sup> Prosseguem os irmãos Mazeaud adotando, contudo, o critério objetivo na definição de culpa, em que comparam o comportamento do agente ao *bonus paterfamilias*.<sup>66</sup> Assim, compara-se o comportamento do agente causador do dano ao de um homem médio, fixado como padrão, e se dessa comparação resultar que o dano causado for resultado de imprudência na qual não incorreria o homem médio, caracteriza-se a culpa.<sup>67</sup> Em que pese a discussão a respeito do conceito de culpa, o legislador brasileiro adotou a ideia de ato ilícito como causa da responsabilidade civil, definindo o comportamento culposo do agente causador do dano no art. 86 do CC: “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Adotando uma das condutas previstas no art. 86, fica o agente obrigado a reparar o dano.<sup>68</sup>

A verificação da culpa médica passa pela distinção entre culpa ordinária e culpa profissional, uma vez que a primeira corresponde à falta de deveres que dizem respeito a qualquer pessoa e a segunda à falta de deveres específicos do profissional dentro de sua área.<sup>69</sup> No que tange a análise da responsabilidade médica, essa distinção é superada porquanto a presença de culpa, seja por falta de deveres genéricos ou específicos, enseja a responsabilidade subjetiva.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

<sup>65</sup> SAVATIER, René *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16

<sup>66</sup> MAZEAUD; MAZEAUD *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

<sup>67</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 1975, v. 4, p. 148, n. 53.

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

<sup>69</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

<sup>70</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 603.

Ainda, uma distinção que deve ser considerada quando se trata de verificação da culpa médica é a que se dá entre culpa médica e erro profissional. Cavalieri, ao trazer essa distinção, afirma que:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.<sup>71</sup>

Bruno Miragem, quanto ao ponto, faz a ressalva de que Cavalieri nos leva a crer que existem hipóteses escusáveis de erro médico. Contudo, não se pode deixar de levar em conta a evidência ou até mesmo a presunção da culpa que pode haver quando se parte de um erro médico para a apuração da responsabilidade civil.<sup>72</sup> Tal presunção pode se dar quando se tem em mente que a observação de certos parâmetros de conduta, se observados, não ocasionariam o erro em questão, retornando ao critério objetivo de definição da culpa e isso ocorre porque não se pode exigir uma prova impossível para a demonstração da culpa.<sup>73</sup>

A culpa é requisito para a imputação da responsabilidade ao profissional médico no CC, em seu artigo 951, que estabelece que:

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.

Ainda, é requisito para a imputação da responsabilidade médica também no CDC<sup>74</sup>, conforme estabelece o seu art. 14, § 4º, *verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

<sup>71</sup> CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 372.

<sup>72</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 604.

<sup>73</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 604.

<sup>74</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

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

(...)

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

A prova da culpa, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas”.<sup>75</sup> Tendo isso em mente, abordar-se-á o regime de responsabilidade subjetiva, que dá azo à necessidade da verificação de culpa médica para responsabilização; a verificação da culpa médica, em si, no nosso sistema, e as hipóteses em que a culpa pode ser presumida, sem que haja necessidade de sua verificação.

### 2.3.1 A Responsabilidade Civil Médica como hipótese de Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil médica no sistema jurídico brasileiro exige a presença de culpa<sup>76</sup> para sua configuração<sup>77</sup>, ou seja, trata-se de responsabilidade subjetiva. Para tanto, é necessária a comprovação de, segundo Bruno Miragem, “uma falta do profissional em relação aos deveres decorrentes da obrigação de prestação de serviços médicos, que denote o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia no cumprimento dessa obrigação.”<sup>78</sup>

<sup>75</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

<sup>76</sup> A palavra “culpa” é empregada em sentido amplo, *lato sensu*, indicando não apenas a culpa *stricto sensu* como também o dolo.

<sup>77</sup> Nesse sentido: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CIRURGIA DE OLHOS. INTERCORRÊNCIAS. DIPLOPIA E DESVIO OCULAR. CULPA DO CIRURGIÃO NÃO EVIDENCIADA. DESACOLHIMENTO DO PEDIDO. 1. A responsabilidade civil do médico tem como fundamento a culpa, como resulta claro do art. 951 do Código Civil e art. 14, §4ª, do Código de Defesa do Consumidor. Embora não se exija a constatação de erro crasso ou inexcusável, não se pode responsabilizar o médico apenas diante da constatação de que da cirurgia de pterígio decorreram sequelas reversíveis, tais como estrabismo e quadro de exotropia, posteriormente corrigidas. 2. Cirurgias delicadas, envolvendo tecidos orgânicos finíssimos e sensíveis, mesmo com a utilização da técnica recomendada, estatisticamente podem acarretar problemas. Como não se trata de responsabilidade objetiva, impõe-se, nesses casos, a evidenciação de erro médico que outro colega, de bom padrão profissional, trabalhando nas mesmas circunstâncias, não teria cometido. Isso porque, assumindo o médico uma obrigação de meios, não pode ele garantir o resultado plenamente satisfatório de sua atuação. 3. No caso dos autos, a prova pericial e testemunhal produzida não apontaram minimamente para a evidenciação de culpa do médico requerido. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70055070924, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 10/07/2013)

<sup>78</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

Paulo de Tarso Sanseverino justifica a submissão da responsabilidade dos profissionais liberais à responsabilidade subjetiva pela natureza de suas atividades, uma vez que se assim não ocorresse, tais atividades estariam inviabilizadas: “se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais”.<sup>79</sup>

A responsabilidade do profissional médico, por ser responsabilidade por ato ilícito, baseia-se no art. 186 combinado com o art. 927 do CC. Já quando se tratar de relação de consumo, em que o profissional é remunerado diretamente pelo paciente (cliente), o regime de responsabilidade permanece sendo subjetivo, porém, com fundamento no art. 14, §4º, do CDC<sup>80</sup>. Tal distinção encontra importância quando da verificação da culpa, podendo haver inversão do ônus da prova no segundo caso.<sup>81</sup>

Somando, Flávio Tartuce afirma que quem se compromete com uma obrigação de meio, naturalmente está sujeito à responsabilidade subjetiva<sup>82</sup>. Ratificando a ideia de que o profissional não está sujeito apenas aos deveres genéricos decorrentes da boa-fé nesses casos (há a responsabilidade por deveres específicos, como a negligência, a imprudência ou e a imperícia), Bruno Miragem afirma que a submissão da responsabilidade civil médica ao regime da responsabilidade subjetiva “Deve-se às principais finalidades da responsabilidade civil no direito contemporâneo: proteção da vítima e garantia do ressarcimento de danos à pessoa<sup>83</sup>”.

Importante destacar, por outro lado, que a responsabilidade dos hospitais e clínicas, diferentemente da responsabilidade do médico enquanto profissional, é objetiva. Não se trata de uma relação pessoal e está sujeita a dois regimes no direito brasileiro. O primeiro, por se tratar da efetivação do direito universal à saúde, prevista no art. 196 da CF/88, corporificada no Sistema Único de Saúde, diz respeito

---

<sup>79</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

<sup>80</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

<sup>81</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

<sup>82</sup> TARTUCE, FLÁVIO. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 17.

<sup>83</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 573.

a um serviço oferecido a toda a população, custeado pelos tributos e não remunerado diretamente por ela, razão pela qual não configura relação de consumo e não está sujeito ao CDC e sim ao regime da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88), bem como às normas do CC relativas à determinação da indenização. O segundo, por se tratar dos hospitais e instituições prestadoras de serviços de saúde privadas, encontra-se sujeito ao CDC (art. 3º), respondendo por danos causados aos pacientes com fundamento no art. 14, *caput*, que estabelece a responsabilidade por fato do serviço.<sup>84</sup>

Assim, uma vez que a responsabilidade civil médica tem a culpa como fundamento, trata-se de responsabilidade subjetiva. A existência de culpa em relação ao fato danoso dá azo à configuração do ato ilícito, resultando no dever de indenizar.

### 2.3.2 A Demonstração da Culpa Médica

De início, sobre a verificação da culpa médica, importante trazer a constatação de Sergio Cavaliere:

A prova da culpa (...) não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a *conspiração do silêncio*, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro tende a isentar o colega pelo ato incriminado.<sup>85</sup>

Sobre a apuração da culpa médica, Ruy Rosado adota o critério objetivo, entendendo que tal culpa deve ser demonstrada realizando-se a comparação com o parâmetro da conduta mais correta na mesma situação. Afirma, nesse sentido, que deve ser estabelecido o mesmo critério de apuração da culpa comum:

(...) diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar

---

<sup>84</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572-573.

<sup>85</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 371.

essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. (...)Desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria tido comportamento diverso do acusado, deve condenar este à reparação.<sup>86</sup>

No mesmo sentido, ao adotar também um critério objetivo para a análise da culpa, Avecone refere que:

(...) um correto método de levantamento da culpa médica pressupõe:  
 a) A perfeita consciência do caso concreto, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos, evitando generalizações tão fáceis quanto falazes;  
 b) O uso de parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de culpa (previsibilidade, normalidade, etc.) mesmo que, dada a particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação.<sup>87</sup>

Quanto às provas para a demonstração da culpa, prossegue Ruy Rosado lecionando que o juiz deve se valer de todos os meios válidos: testemunhas, registros do paciente no consultório ou no hospital, laudos e, principalmente, perícias. A exibição do prontuário do paciente, que pode fazer prova dos fatos, constitui seu direito tanto a elaboração quanto a exibição e caso haja recusa ao pedido de apresentação em juízo, o magistrado poderá reputar os fatos alegados como verdadeiros.<sup>88</sup>

Ainda quanto à prova, a Teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 era a chamada “distribuição estática” do ônus da prova e era também essa a visão dos tribunais na maioria dos casos: incumbe ao autor provar fato constitutivo do seu direito enquanto incumbe ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.<sup>89</sup> Contudo, o Novo Código de Processo Civil, apesar de manter o disposto no art. 333 da disciplina antiga, abre, em seu art. 373, §1º<sup>90</sup>, a

<sup>86</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 128.

<sup>87</sup> AVECONE, Pio *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

<sup>88</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 129.

<sup>89</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)

<sup>90</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde

possibilidade de o juiz redistribuir o ônus da prova nas circunstâncias apontadas, como já havia previsão no CDC, desde que a desincumbência do encargo não seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, §2º).

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, determina a distribuição do ônus da prova pela responsabilidade por falta do serviço (como é o caso do profissional médico) de duas maneiras. A primeira pela determinação do art. 14, § 3º, que estabelece que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A segunda maneira pela qual o CDC determina a distribuição do ônus da prova diz respeito ao direito básico do consumidor à facilitação da defesa dos seus direitos (art. 6º, VIII, do CDC<sup>91</sup>), que dá possibilidade ao juiz, se observadas a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, de determinar a inversão do ônus da prova.<sup>92</sup> Deve-se fazer a ressalva, porém, de que o dispositivo deve ser corretamente interpretado, sobretudo no que concerne a hipossuficiência do consumidor.<sup>93</sup>

Por hipossuficiência entendia-se a posição de desvantagem econômica, de conhecimento, de técnica ou intelectual que impossibilita o consumidor de se defender adequadamente em juízo.<sup>94</sup> Contudo, Bruno Miragem ainda acrescenta que:

A hipossuficiência é mais do que a mera ausência de recursos financeiros ou intelectuais. Trata-se, antes de tudo, de uma hipossuficiência processual,

---

que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

<sup>91</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

<sup>92</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 607-608.

<sup>93</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 608.

<sup>94</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 608.

caracterizada pela impossibilidade de produção da prova, o que pode se dar em razão da carência de recursos financeiros ou de conhecimento técnico, mas igualmente pode resultar das circunstâncias da contratação de consumo, do tipo de prova a ser produzida, do fato de que sua produção dependa do comportamento do fornecedor em fornecê-las e quaisquer outras razões pelas quais não será alcançada sua realização pelo consumidor.<sup>95</sup>

À hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, também está submetida a responsabilidade do profissional liberal médico, uma vez que se trata de relação que, além da existência de superioridade técnica e, muitas vezes, econômica, resulta em dificuldade de o paciente produzir prova em seu favor. Além disso, como prestadores de serviços que são, os profissionais liberais estão subordinados também a todos os princípios do CDC, como informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova, etc.<sup>96</sup> Ressalte-se, contudo, como se pode observar, que tal possibilidade não está adstrita às relações de consumo<sup>97</sup> e isso é ratificado pela possibilidade de dinamização do ônus da prova ao juiz dada pelo Novo CPC.

Dessa forma, em pesquisa jurisprudencial realizada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utilizando os termos “responsabilidade civil médica” e “inversão do ônus da prova”, foram encontrados 9 acórdãos proferidos pelo Desembargador Paulo Antônio Kretzman entre os anos de 2007 e 2009, reconhecendo a dinamização do ônus da prova em casos de apuração da culpa médica com base no art. 6º, VIII, do CDC:

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. DIFICULDADE ECONÔMICA E TÉCNICA DE PROVAR AS ALEGAÇÕES. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 6º, VIII, DO CDC. INVERSÃO DECRETADA. Comprovados os requisitos do art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, é cabível a inversão do ônus da prova, mesmo quando se trate de responsabilidade subjetiva. É que ressalta presente a dificuldade econômica e a dificuldade técnica da parte autora de comprovar as alegações. A inversão do ônus da prova não é regra de julgamento, mas sim de procedimento. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70027452721, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009)<sup>98</sup>

<sup>95</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 608.

<sup>96</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 376.

<sup>97</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 609-610.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, Apelação Cível nº 70031629108, nº 70020760625, nº 70020583951, nº 70018893164, nº 70018890251, nº 70018839811, nº 70018842039, nº 70018123513.

Tal resultado demonstra que, apesar de rígido na exigência da prova para demonstração culpa médica, a dinamização em casos de hipossuficiência foi reconhecida, vindo, posteriormente, a se tornar dispositivo legal no Novo Código de Processo Civil, como já demonstrado.

Ademais, para que se configure o dever de indenizar, além da culpa médica é necessária a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e o dano causado. Nesse sentido, Hans Welzel afirma que “toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com ela desapareça o efeito, é causa”.<sup>99</sup>

### 2.3.3 Hipóteses de Presunção da Culpa Médica

Apesar de a responsabilidade do profissional médico no sistema jurídico brasileiro ser subjetiva, ou seja, configurada mediante a comprovação de culpa, há algumas hipóteses em que essa culpa pode ser presumida. A presunção da culpa ocorre quando, dadas as circunstâncias do caso ou a dificuldade de produção da prova, dispensa-se sua comprovação, sendo necessário fazer prova apenas do dano sofrido e do nexo de causalidade para dar ensejo ao dever de indenizar. Isso contudo, não faz com que a responsabilidade, nesses casos seja objetiva.

A fim de se examinar os principais casos em que a culpa médica pode ser presumida, faz-se necessário retornar a algumas distinções já explanadas. Em que pese a divergência na doutrina quanto à relevância dessa distinção, a diferença entre a natureza contratual e extracontratual da obrigação médica é importante no que tange o tema da presunção da culpa. Tratando-se de obrigação contratual, basta à vítima demonstrar a existência do contrato, do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o dano sofrido, ou seja, há presunção de culpa, enquanto que na obrigação extracontratual, também deverá demonstrar a negligência, a imprudência ou a imperícia.<sup>100</sup>

A segunda distinção que se deve trazer novamente, apesar de bastante associada à primeira, é a diferenciação entre obrigação de meio e de resultado.

---

<sup>99</sup> WELZEL, Hans *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

<sup>100</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231 (jan. 1997), p. 124.

Aquela ocorre quando o devedor não se compromete, especificamente, com o resultado da prestação, mas sim com o melhor cumprimento da obrigação, observando deveres genéricos e específicos decorrentes da boa-fé objetiva. Esta, por sua vez é aquela em que o devedor compromete-se com o pagamento do objeto da prestação e seu não cumprimento gera inadimplência.<sup>101</sup> Em geral, o não cumprimento das obrigações de resultado está associado a hipóteses de presunção da culpa médica.

O já mencionado caso das cirurgias plásticas, apesar de existir debate acerca do enquadramento da modalidade reparadora dessas operações dentro das obrigações da distinção entre meio e resultado, a doutrina entende que, ao realizar tais cirurgias, o médico compromete-se com um resultado específico, seja ele embelezamento ou correção.<sup>102</sup> Nesses casos, portanto, é reconhecida de a presunção da culpa se verificado o não cumprimento da prestação<sup>103</sup>, uma vez que, acreditando não poder alcançar o resultado, o médico poderia optar por não prestar o serviço.<sup>104</sup> Sobre o tema ensina Cavalieri Filho:

(...) no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-

<sup>101</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 569.

<sup>102</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 578.

<sup>103</sup> Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CULPA PRESUMIDA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. DANOS MORAIS. - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO - APLICABILIDADE DO CDC - Cabível a aplicação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente. Hipótese de responsabilidade civil, prevista no Art. 14, §4º, do CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CULPA PRESUMIDA. A responsabilidade do médico, tratando-se de cirurgia eminentemente estética, gera obrigação do resultado para o qual o profissional foi especificamente contratado pelo paciente. Na hipótese de responsabilidade civil por erro médico decorrente de cirurgia estética, a qual se notabiliza pela obrigação de resultado a ser atingido pelo profissional, são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida. - SITUAÇÃO CONCRETA DOS AUTOS - Na espécie, diante da prova pericial coligida aos autos ao cotejo das alegações da exordial, não se desincumbiu a parte autora de configurar o ato ilícito praticado pelo médico réu. Tanto a cirurgia de lipoaspiração, quanto o implante de próteses mamárias mostraram-se adequadas, afastando o dever de indenizar os danos morais sofridos pela apelada, consignando que sequer há condições de estabelecer qual o desejo da parte autora com a cirurgia de implante de prótese mamária, não se podendo avaliar extensão da melhora estética pretendida. A prova dos autos, por sua vez, não demonstra que efetivamente houve resultado insatisfatório. Logo, sem a caracterização do ato ilícito, não há falar em dever de indenizar os alegados danos sofridos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045395985, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 14/12/2011)

<sup>104</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, in AJURIS, vol. 19, nº 55, 1991, p. 121.

lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator impoderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.<sup>105</sup>

Outro caso de reconhecimento da presunção da culpa médica mencionado pela doutrina é o também já mencionado caso dos anestesistas.<sup>106</sup> Uma vez que seu dever é fazer o paciente dormir, acordar e recuperar-se, devendo permanecer em vigilância durante esse processo, não ocorrendo esse processo dentro dos limites da normalidade, haverá o inadimplemento da prestação e, conseqüentemente, a presunção de culpa médica.

Além dessas duas hipóteses de presunção da culpa médica, pode-se citar a prestação de serviços radiológicos para a realização de diagnósticos em geral, tratando-se de obrigação de resultado<sup>107</sup>. Uma vez que se pretende ter conhecimento do correto estado do paciente, o não cumprimento da obrigação pode acarretar na presunção da culpa.<sup>108</sup>

Por fim, deve-se ressaltar que as hipóteses de presunção da culpa médica não estão adstritas às obrigações de resultado. É preciso levar em conta que a ampla aplicação do princípio da boa-fé exige que se analise o cumprimento da obrigação também tendo em vista os interesses legítimos da parte, tornando mais intensos os deveres da relação obrigacional, ainda que sejam os deveres de diligência, cuidado e informação e esclarecimento.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 397.

<sup>106</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 579.

<sup>107</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 391.

<sup>108</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 579.

<sup>109</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 579.

### 3 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUA REPERCUSSÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANOS AO PACIENTE

Uma vez que se pretende analisar a responsabilização civil médica nos chamados casos de violência obstétrica, imprescindível, após examinar os deveres do médico, estudar os direitos do paciente. Dessa forma, apresentando-se, de um lado, os direitos do paciente e, de outro, a liberdade necessária para o bom exercício da profissão do médico, que também engloba os deveres por ele devidos, vislumbra-se que, de regra, o não respeito aos direitos do paciente gera a violação do dever. Assim, tratando-se dos casos específicos que se pretende estudar, o exame do direito à autonomia do paciente é fundamental, uma vez que da sua violação deriva o conceito de violência obstétrica.

#### 3.1 A AUTONOMIA DO PACIENTE

Um dos direitos do paciente consagrados no ordenamento brasileiro é o direito à autonomia. Em particular, interessa-nos tal direito porque sua violação pode dar azo à responsabilização civil médica nos casos relativos à violência obstétrica neste trabalho estudados.

O princípio da autonomia, derivado da tradição liberal ocidental e objeto de estudo de pensadores como John Locke, Immanuel Kant e John Stuart Mill, evidencia a importância da liberdade tanto para a vida em sociedade como para o crescimento do próprio indivíduo. John Locke ensina que:

“cada homem possui a propriedade de sua própria pessoa. Ninguém, fora dele, tem direito algum sobre ela. Entre os direitos que o homem nasce, está, em primeiro lugar, o direito de liberdade da própria pessoa e nenhum outro homem tem autoridade sobre ela, porque em cada homem reside a livre disposição da mesma”<sup>110</sup>

Ainda, Joaquim Clotet cita o reconhecido expoente do utilitarismo como filosofia moral e política, John Stuart Mill, trazendo uma afirmação que se constitui

---

<sup>110</sup> LOCKE, John *apud* CLOTET, Joaquim. **O Respeito à Autonomia e aos Direitos dos Pacientes**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 53 (4): 432-435, out-dez. 2009, p. 432.

em verdadeiro alicerce da autonomia moral: “Sobre si próprio, sobre o seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano”<sup>111</sup>.

Tal princípio, derivado principalmente da ideia de Kant<sup>112</sup>, já abarcava em si a ideia de autodeterminação. No século XX, contudo, o princípio da autonomia da vontade, entendido por Kant e pelos pensadores de sua época, foi modificando-se até chegar à concepção de autonomia privada.

### 3.1.1 Autonomia do Paciente e Autonomia Privada

O princípio da autonomia é gênero do qual são espécies a autonomia privada e a autodeterminação. Imprescindível, portanto, defini-las de acordo com o que ensina Otavio Luiz Rodrigues Junior:

(...) a *autonomia privada*, de que a liberdade contratual é um componente e mais relevante expressão, constitui-se em um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada (RIBEIRO, 1999, p. 20).”

A *autodeterminação*, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no *poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências* (RIBEIRO, 1999, p. 22).<sup>113</sup>

No que tange a autonomia do paciente, cujo conceito costuma se confundir com o conceito de autodeterminação, passou a ser mais amplamente estudada após o julgamento do caso *Shloendorff vs Society of New York Hospital* ocorrido em 1914, nos Estados Unidos da América. A célebre abordagem do voto – ainda que vencido

<sup>111</sup> MILL, John Stuart *apud* CLOTET, Joaquim. **O Respeito à Autonomia e aos Direitos dos Pacientes**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 53 (4): 432-435, out-dez. 2009, p. 432.

<sup>112</sup> Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004 *apud* Kant, 1997)

<sup>113</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade.** Revista de informação legislativa: v. 41, n. 163 (jul/set 2004). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em 30/05/2016.

– do Juiz Benjamin Cardozo é frequentemente citada na literatura que trata sobre o tema:

Todo ser humano em idade adulta e em plenas faculdades mentais tem o direito de determinar o que será feito com seu próprio corpo, e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma violação, por qual é responsável pelos danos causados.<sup>114</sup>

Entendendo, ainda, a autonomia – aqui utilizada como autodeterminação – como um processo de tomada de decisões de maneira livre, Isaiah Berlin, Joel Feinberg e Thomas E. Hill Jr consideram para a efetivação desse direito essencial “o governo pessoal do eu que é livre tanto de interferências controladoras por parte de outros como de limitações pessoais que obstam a escolha expressiva da intenção, tais como a compreensão inadequada.”<sup>115</sup>

Dessa forma, o agente tomador da decisão, enquanto pessoa autônoma necessita, na hora de realizar a escolha, conforme ensinam, ainda, ao autores<sup>116</sup>, “de alguns traços que incluem as capacidades de autogoverno, tais como compreensão, raciocínio, deliberação e escolha independente”. Assim, tem-se que para que uma decisão seja realmente autônoma, é preciso que esteja minimamente influenciada por interferências internas – pré concepções construídas pelo próprio indivíduo – e externas – a percepção de outra pessoa sobre aquela determinada escolha.

Ainda que a percepção de outrem não deva determinar o sentido da escolha para que ela seja realmente autônoma, em relação ao respeito ao direito à autonomia, por sua vez, os mesmos autores prosseguem, afastando um papel inerte dos terceiros, nesse caso, os médicos:

(...) exige mais que obrigações de não-intervenção nas decisões das pessoas, pois inclui obrigações para sustentar as capacidades dos outros

<sup>114</sup> “Every human being of adult year and sound mind has right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages.” CARDOZO, Benjamin. 1914. **Dissenting opinion in Shloendorff v. Society of New York Hospital**. 211 N.Y. 125, 105, in PITHAN, LiviaHaygert. **O Consentimento Informado na Assistência Médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2009.

<sup>115</sup> Segundo Tom L. Beauchamp e James F. Childress, a ideia essencial da autonomia foi prestimosamente tratada por Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty”, em *Four essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press. 1969), pp. 118-72; Joel Feinberg, *Harm to Self*, vol. III de *The moral Limits of Criminal Law* (Nova York: Oxford University Press, 1986), caps. 18 e 19; e Thomas E. Hill Jr., *Autonomy and Self-Respect* (Cambridge University Press, 1991), caps. 1-4.

<sup>116</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.138.

para escolher autonomamente, diminuindo os temores e outras condições que arruinem sua autonomia. Nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas.<sup>117</sup>

Por outro lado, importante lembrar que os professores alegam que “o respeito à autonomia tem uma validade *prima facie* e pode ser sobrepujado por considerações morais concorrentes.” Ou seja, não é um princípio absoluto, uma vez que, deparando-se com um conflito entre a autonomia e outro princípio, deve-se ponderar. Nesses casos pode-se, justificadamente, restringir o exercício da autonomia. Essa restrição deve, contudo, ser justificada por meio de princípios morais concorrentes e prioritários<sup>118</sup>, como ocorre com o princípio da benevolência, em que, para preservar o ânimo do paciente, o médico omite algum diagnóstico grave.

Cumprido ressaltar, ainda, prosseguindo na ideia de que o terceiro não deve permanecer inerte, que o respeito à autonomia traz consigo algumas obrigações positivas. Dentre elas destaca-se o dever de “tratamento respeitoso na revelação de informações e no encorajamento da decisão autônoma.” Cabe ao profissional fornecer o subsídio de conhecimento necessário para que o paciente possa fazer sua escolha, além de verificar e assegurar que a escolha será realizada de maneira adequada.<sup>119</sup>

Especificamente no que tange a relação médico-paciente, devido à associação histórica que se faz do médico à superioridade técnica, costuma haver nessa área uma tentação de usar de autoridade para prosseguir com a dependência dos pacientes. O respeito à autonomia, contudo, inclui fazer com que o paciente sintam-se hábil para superar seu próprio senso de dependência, obtendo o maior controle possível daquilo que deseja e da decisão que precisa tomar. Dessa

---

<sup>117</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.138.

<sup>118</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.144.

<sup>119</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.144-145.

forma, respeitá-lo inclui o esforço para encorajá-lo a produzir sua opinião acerca dos próprios interesses.<sup>120</sup>

Nesse sentido, ratificando o entendimento de que mais do que respeitar a autonomia do paciente, deve o médico promovê-la e associando ainda essa promoção ao dever de informar do médico, Adriana Menezes Kuhn afirma em sua dissertação de mestrado:

“O dever de informar do médico, no processo dialógico do consentimento informado, promove a autonomia do paciente, preservando o livre desenvolvimento de sua personalidade, fundamento do princípio da dignidade humana e de nosso Estado Democrático de Direito”<sup>121</sup>

### 3.1.2 Autonomia do Paciente e Direito Fundamental à Liberdade

A importância do direito à autonomia é tão grande que ele é reconhecido como princípio e encontra-se positivado na Constituição Federal de 1988<sup>122</sup>, em seu art. 5º, na parte em que determina a inviolabilidade do direito à liberdade. O direito à liberdade, como lembrado por José Henrique Rodrigues Torres<sup>123</sup> em artigo sobre o tema, assegura a cada pessoa a possibilidade de autodeterminação, ou seja, o poder de autonomia, pelo qual ela escolhe por si mesma o seu comportamento pessoal, de acordo com a sua consciência, os seus valores e os seus interesses, desde que não atinja a esfera pessoal de terceiro.<sup>124</sup>

O princípio da autonomia possui, ainda, como fonte normativa a “Declaração da Associação Médica Mundial sobre os Direitos do Paciente”, também conhecida como “Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente”, adotada na 34ª Assembleia Médica Mundial, em 1981, em Lisboa, Portugal, e emendada na 47ª

<sup>120</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.145.

<sup>121</sup> KUHN, Adriana Menezes de Simão. **Os Limites do Dever de Informar do Médico e o Nexo Causal na Responsabilidade Civil na Jurisprudência Brasileira**. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2009.

<sup>122</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

<sup>123</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **O Caso da Cesariana Forçada em Torres/RS** in Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 16, maio-agosto de 2014, p. 96.

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

Assembleia Geral, em 1995, na cidade de Bali, na Indonésia. Em seu capítulo que trata da autodeterminação, a Declaração assim dispõe:

- a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das conseqüências de suas decisões;
- b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento
- c) O paciente tem o direito de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento.<sup>125</sup>

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por sua vez, também trata do tema em seu art. 7º, III, *verbis*:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:  
(...)  
III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.<sup>126</sup>

Ademais, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde do Ministério da Saúde elenca o princípio da autonomia do paciente, tratando da sua livre escolha quanto a procedimentos diagnósticos preventivos e terapêuticos:

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:  
(...)  
V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais.<sup>127</sup>

Por fim, o Código de Ética Médica também também é fonte normativa do direito à autonomia, dispondo, *verbis*:

É vedado ao médico:

<sup>125</sup> Disponível na íntegra em [http://www.malthus.com.br/mg\\_total.asp?id=155#set](http://www.malthus.com.br/mg_total.asp?id=155#set). Acesso em 23/05/2016.

<sup>126</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em 23/05/2016.

<sup>127</sup> Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde do Ministério da Saúde, 3ª ed. Disponível em <http://www.use.ufscar.br/direitos-e-deveres-dos-usuarios/carta-direitos-usuarios>. Acesso em 23/05/2016.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

(...)

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bemestar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

(...)

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte

(...)

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.<sup>128</sup>

Dessa forma, explica Joaquim Clotet que a positivação do direito à autonomia nos ordenamentos e tratados provém do reconhecimento do direito à integridade do ser humano como indivíduo, que iniciou na modernidade. John Locke afirma que “ninguém deve prejudicar o outro, em sua vida, saúde, liberdade ou posição<sup>129</sup>” e, para Clotet, isso equivale a defender a independência ou autonomia das pessoas. O desenvolvimento social, político, cultural e econômico historicamente impulsiona o reconhecimento dos direitos do ser humano como indivíduo, fazendo com que diferentes entidades e organismos atuem para que tal reconhecimento ocorra. O maior exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU<sup>130</sup>, que define os princípios do respeito à dignidade da pessoa humana, sendo um deles o princípio da autonomia.<sup>131</sup>

No que tange, especificamente, o direito à autonomia da mulher em relação às questões ligadas à saúde, no final da década de 1980 forjou-se o que se chama de direitos sexuais e reprodutivos.<sup>132</sup> O reconhecimento desses direitos se deu pela luta promovida por diversos movimentos tanto na política quanto na academia. Essa luta visava a “reduzir a morbimortalidade materna, garantir a saúde e o bem estar da

<sup>128</sup> Disponível em: [http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo\\_etica.pdf](http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf). Acesso em 25/05/2016.

<sup>129</sup> LOCKE, John *apud* CLOTET, Joaquim. **O Respeito à Autonomia e aos Direitos dos Pacientes**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 53 (4): 432-435, out-dez. 2009, p. 433.

<sup>130</sup> Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 25/05/2016.

<sup>131</sup> CLOTET, Joaquim. **O Respeito à Autonomia e aos Direitos dos Pacientes**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 53 (4): 432-435, out-dez. 2009, p. 434.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Dois décadas de luta feminista anti-racista pelos direitos sexuais e reprodutivos**, in Saúde Reprodutiva das Mulheres: Direitos, Desafios e Políticas Públicas. Brasília: CFEMEA: IWHC, Fundação H. Boll, Fundação Ford, 2009. p. 13.

mãe e do bebê, assegurando a autonomia da mulher no processo gestacional, bem como uma assistência qualificada que a respeitasse de forma integral e cidadã.”<sup>133</sup>

Dessa forma, diversos tratados, protocolos e pactos foram criados a fim de que esses direitos fossem garantidos:

(...) o Brasil, como outros países-membros das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificou uma série de convenções, protocolos e planos de ação originados em diferentes eventos internacionais. Incluindo-se aí os relacionados ao tema mulher, entre eles a Carta das Nações Unidas (1945), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Declaração de Viena (1993), a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993), a Convenção de Belém do Pará (1995), a Declaração de Beijing (1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw). O último passou a vigorar no país somente em 2002.<sup>134</sup>

As gestantes, enquanto mulheres, possuem todos os direitos sexuais e reprodutivos e, nesse caso específico, o direito de serem informadas sobre todos os riscos e vantagens das possibilidades de parto e procedimentos disponíveis e, conseqüentemente, o direito de fazerem a sua escolha, exercendo, dessa forma, o direito à autonomia. Ao médico, que tem o dever de informá-las de maneira eficaz, cabe respeitar a escolha consciente, livre e informada das gestantes, aceitando a expressão de sua autonomia e realizando todos os procedimentos possíveis e disponíveis para garantir sua saúde física e mental e sua integridade, buscando a realização de sua vontade. Assim, somente nos casos que lembra Cavalieri Filho poderá o médico realizar procedimento sem o consentimento informado da gestante<sup>135</sup> e, para tanto, deve-se levar em consideração três fatores: o primeiro é a circunstância em que o fato ocorreu, pois nos casos urgentes nem sempre se consegue debater questões menores, como efeitos colaterais; o segundo é se os riscos são consideráveis ou numericamente irrelevantes, e, por fim, se caso a

---

<sup>133</sup> WERCH, Alessandra Gisele Fagundes. **Direitos Sexuais e Reprodutivos, Vias de Parto e Assistência à Gestação. “Vamos fazer cesárea, mamãezinha?”**. 2013. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013.

<sup>134</sup> PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. **Cidadania e Feminismo no Reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres** in Estudos Feministas, Florianópolis, 20(1): 344, janeiro-abril/2012, p. 38.

<sup>135</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **O Caso da Cesariana Forçada em Torres/RS** in Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 16, maio-agosto de 2014, p. 107.

informação fosse prestada, o paciente teria se recusado a aceitar o procedimento nos moldes em que foi realizado<sup>136</sup>.

### 3.2 A DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A luta pela preservação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na Argentina, na Venezuela e no México fizeram com que sua violação, pelos profissionais da saúde, fosse tipificada legalmente. O conceito de violência obstétrica, derivado das leis argentina e venezuelana e utilizado quando se trata do tema no Brasil “se caracteriza pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na sua qualidade de vida<sup>137</sup>.”

Assim, depreende-se que a violência obstétrica, no caso dos profissionais médicos, consiste na violação – no sentido de não atendimento aos deveres que já lhe são estabelecidos – do direito à autonomia das gestantes no que tange decidir sobre as práticas terapêuticas e diagnósticas que serão utilizadas especificamente no período da gestação, durante o parto e logo após.

#### 3.2.1 A Construção Histórica do Conceito

Ao fazer uma retrospectiva histórica, entendendo como se construiu a ideia de humanização do parto, Simone Grilo Diniz lembra que o nascimento, no modelo de assistência médica que tutelava a Igreja Católica, era um processo de sofrimento para a mulher entendido como desígnio divino, punição por ter cometido o pecado original e fazendo com que fosse dificultado qualquer apoio que aliviasse os riscos e as dores nesse processo. Com o surgimento da obstetrícia, esta passou a funcionar

---

<sup>136</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 378-379.

<sup>137</sup> Definição dada pela Lei nº 26.485/2009 da Argentina e pela Lei Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violência da Venezuela. Dossiê da Violência Obstétrica “**Parirás com dor**” – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa – Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012, p. 36. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 01/05/2016.

como uma heroína que resgatava as mulheres do processo de sofrimento ao qual estavam fadadas: a mulher, de culpada passou a ser descrita como vítima de sua natureza, sendo papel do médico evitar os perigos desse processo.<sup>138</sup>

Com a obstetrícia, por meio da pelvimetria, a pélvis feminina foi esquadrinhada com base na matemática e na física e foram criados e disseminados os instrumentos como fórceps, craniótomos, basiótribos e embriótomos, que faziam parte do aparato cirúrgico-obstétrico durante o parto, sendo hoje “curiosidades arqueológicas”. O parto era entendido como uma forma de violência intrínseca, um “fenômeno fisiologicamente patogênico” e o trabalho do obstetra surgia como uma ajuda humanitária e científica diante do sofrimento da mulher. Já que o parto era descrito como um momento doloroso, durante várias décadas do século XX as mulheres de classe média e alta no mundo industrializado davam à luz de maneira inconsciente: a mulher recebia uma injeção de morfina no início do trabalho de parto e, em seguida, uma dose de amnésico, fazendo com sentisse a dor mas não tivesse qualquer lembrança consciente do que havia acontecido. O parto costumava ser induzido com hormônios e o colo dilatado e o bebê retirado com instrumentos. Como o amnésico utilizado também era um tipo de alucinógeno, que podia provocar intensa agitação, as mulheres eram amarradas na cama durante o trabalho de parto e costumavam ficar com hematomas no fim do processo, por isso seus leitos permaneciam cobertos. Esse modelo de assistência da sedação completa juntamente com o parto instrumental foi sendo abandonado quando a morbimortalidade materna e perinatal atingiu índices inaceitáveis.<sup>139</sup>

Contudo, dado o surgimento de formas mais seguras de anestesia, persistiu o modelo de assistência no parto, porém, passou a se dar de uma forma “processada”, com a mulher passando por fases definidas como o pré-parto, o parto e o pós-parto. Assim, o modelo hospitalar de parto, que começou com as elites e se estendeu às classes menos favorecidas por meio dos hospitais-escola, estava instalado, na metade do século XX, em muitos países sem que houvesse qualquer evidência

---

<sup>138</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento.** Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

<sup>139</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento.** Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

científica de que se tratava de um método mais seguro, apesar da resistência das parteiras e da chamada obstetrícia não médica, que se tornou ilegal. Já no modelo hospitalar dominante na segunda metade do século XX, as mulheres deveriam estar conscientes durante o parto, com as pernas abertas e lavantadas, o funcionamento do útero controlado, assistidas por pessoas desconhecidas, separadas de seus pertences e parentes e submetidas à chamada “cascata de procedimentos” que, no Brasil, se incluem como rotina a episiotomia<sup>140</sup> e a extração do bebê com fórceps. Como esse modelo, até o início do século XXI, era o aplicado à maioria das gestantes oriundas da saúde pública, para as mulheres do setor privado esse método poderia ser evitado por meio de uma cirurgia cesariana eletiva.<sup>141</sup>

Continua, Simone Grilo Diniz, afirmando que o uso irracional da tecnologia no parto levou ao paradoxo existente atualmente de que é justamente esse uso que impede que muitos países reduzam a morbimortalidade materna e perinatal. Assim, na década de 80 iniciou-se um movimento internacional pela utilização da tecnologia adequada, pela qualidade da interação entre a gestante e quem lhe acompanha durante o parto e pela não utilização da tecnologia danosa. Tal movimento possui diversos nomes nos diferentes países, mas no Brasil é chamado de humanização do parto<sup>142</sup>.

O movimento de humanização do parto surgiu de diversas perspectivas. Na metade do século XX, na Europa, grupos políticos começaram a se organizar na luta por um chamado “parto sem dor”. Passou-se a pautar o nascimento como uma questão de respeito aos direitos humanos, uma vez que o processo muitas vezes era desrespeitoso a esses direitos e, assim, sob a perspectiva da antropologia, do feminismo, das ciências sociais e, posteriormente, das ciências da saúde, passou-se a vislumbrar o parto como um processo em que mãe e bebê fossem protagonistas, o

---

<sup>140</sup> Consiste na abertura cirúrgica da musculatura e tecido erétil da vulva e vagina.

<sup>141</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 03/06/2016.

<sup>142</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 03/06/2016.

que evoluiu juntamente com a erradicação dos chamados direitos sexuais e reprodutivos.<sup>143</sup>

Assim, conforme prossegue a Professora, no ano de 1979, conhecido como Ano Internacional da Criança, a crítica ao chamado modelo tecnocrático e os problemas persistentes na sua utilização culminam na criação de um Comitê Europeu para estudar intervenções para reduzir as taxas de morbimortalidade materna e perinatal no continente apoiado pela OMS. Profissionais da saúde, epidemiologistas, sociólogos, parteiras e usuárias reuniram-se para sistematizar os estudos de eficácia e segurança na assistência à gravidez, ao parto e ao pós-parto. Iniciou, então, o que viria a ser o movimento pela medicina baseada em evidências e ainda que tal movimento tenha tomado rumos diversos, sua inspiração é fortemente questionadora, evidenciando a distância entre as práticas/evidências e a efetividade da segurança, tendo como prioridade a defesa dos direitos dos pacientes.<sup>144</sup>

Como resultado daquela colaboração, em 1985, a OPAS e os escritórios regionais da OMS na Europa e Américas realizaram uma conferência sobre tecnologia apropriada no parto. Esse encontro foi um marco, com forte apelo de saúde pública e de defesa de direitos das mulheres, assim como a resultante Carta de Fortaleza (WHO, 1985), texto que teve a capacidade de inspirar muitas ações de mudança. Recomenda a participação das mulheres no desenho e avaliação dos programas, a liberdade de posições no parto, a presença de acompanhantes, o fim dos enemas, raspagens e amniotomia, a abolição do uso de rotina da episiotomia e da indução do parto. Argumenta que as menores taxas de mortalidade perinatal estão nos países que mantêm o índice de cesárea abaixo de 10% e afirma que nada justifica taxa maior que 10%-15% (WHO, 1985). Publicado no prestigioso *Lancet*, o texto provocou reações indignadas por parte de entidades médicas (Wagner, 1997).<sup>145</sup>

Uma síntese dessa sistematização foi, então, publicada pela Organização Mundial da Saúde em 1966 sob o nome de “Recomendações da OMS”. Houve, no estudo uma redescritção do parto operada pela medicina baseada em evidências: o corpo feminino torna-se protagonista no processo do parto podendo, na grande

<sup>143</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

<sup>144</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

<sup>145</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

maioria das vezes realizá-lo sem intervenções ou sequelas; o nascimento deixa de ser um perigo para o bebê e passa a ser entendido como processo fisiológico necessário para sua transição respiratória/endócrina/imunológica de dentro para fora da vida uterina, e o próprio parto, antes entendido como evento médico-cirúrgico de risco, passa a ser tratado como “experiência altamente pessoal, sexual e familiar”. No Brasil, houve a publicação de “Assistência ao Parto Normal – Um Guia Prático”.<sup>146</sup>

As recomendações da OMS foram publicadas no Brasil pelo Ministério da Saúde, sob o título *Assistência ao Parto Normal – Um Guia Prático*, e enviada a cada um dos ginecologistas-obstetras e enfermeiras obstetras do país em 2000. O livro evidencia que o atendimento ao parto no Brasil se baseia em grande medida naquilo que se busca superar. A distância impressionante entre o chamado padrão-ouro da ciência e a prática obstétrica no Brasil é um exemplo de quanto a cultura (institucional, técnica, corporativa, sexual, reprodutiva) tem precedência sobre a racionalidade científica, como conhecimento autoritativo na organização das práticas de saúde.<sup>147</sup>

Assim, a medicina baseada em evidência legitima o discurso pela mudança das práticas ao mesmo tempo em que o discurso pela mudança das práticas legitima o uso da medicina baseada em evidência, fazendo com que ainda cresça o número de defensores da chamada humanização do parto. Muitos dos temas relacionados à humanização tornaram-se bandeiras políticas e isso resultou na Lei nº 11.108/2005, conhecida como Lei do Acompanhante, na campanha “Xô Epísio” pela abolição da episiotomia, na criação de inúmeros coletivos e movimentos com o objetivo de implantar novas práticas de atenção ao parto<sup>148</sup> e, também, na inclusão e disseminação da discussão sobre o tema da violência obstétrica, objeto deste estudo.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 03/06/2016.

<sup>147</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

<sup>148</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 03/06/2016.

<sup>149</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 03/06/2016.

Tendo em vista o crescimento do debate acerca da violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres durante a gestação, a Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC divulgou, em 2010, a pesquisa “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado”<sup>150</sup>, que apontou que uma em cada quatro mulheres já sofreu algum tipo de violência durante a gestação, em consultas pré-natais ou no atendimento ao parto. Tais agressões, praticadas pelos profissionais da saúde “vão de repreensões, humilhações e gritos à recusa de alívio da dor (apesar de medicamento indicado), realização de exames dolorosos e contraindicados, passando por xingamentos grosseiros com viés discriminatório quanto à classe social ou cor da pele”.<sup>151</sup>

### **3.2.2 Critérios para definição de Violência Obstétrica e sua Repercussão Prática**

A violência obstétrica está intimamente ligada à violência institucional nas maternidades e é resultado da maneira como foi sendo entendido o parto no decorrer dos séculos a partir da ideia de castigo pelo pecado original, disseminada pela Igreja Católica. Segundo Janaina Marques Aguiar, cuja tese de doutorado<sup>152</sup> foi uma pesquisa sobre o tema, a violência institucional relaciona-se com a questão de gênero (mulheres historicamente tratadas de maneira desigual em relação ao homem) e com a assimetria da relação médico-paciente, em que, muitas vezes, devido à relação de confiança e superioridade técnica, as pacientes sentem-se acuadas para realizar alguma queixa ou reclamação pelo desrespeito aos seus direitos, frequentemente desconhecidos.

Assim, haja vista a realidade de violação dos direitos das mulheres durante seu processo reprodutivo, em dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a

---

<sup>150</sup> Disponível em [http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_.org\\_.br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf). Acesso em 02/06/2016.

<sup>151</sup> Dossiê da Violência Obstétrica “**Parirás com dor**” – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa – Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPML da Violência Contra as Mulheres, 2012, p. 57. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 01/05/2016.

<sup>152</sup> Sobre violência institucional nas maternidades ver: AGUIAR, Janaína Marques de. **Violência Institucional nas Maternidades Públicas: Hostilidade ao invés de Acolhimento como uma Questão de Gênero**. São Paulo, 2010.

CPMI da Violência Contra as Mulheres, foram sistematizados alguns atos caracterizadores de violência obstétrica:

(...) são todos aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis, conforme se segue.

**Caráter físico:** ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas. Exemplos: privação de alimentos, interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pelos), manobra de Kristeller, uso rotineiro de ocitocina, cesariana eletiva sem indicação clínica, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada.

**Caráter psicológico:** toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais.

**Caráter sexual:** toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo. Exemplos: episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento informado, imposição da posição supina para dar à luz, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento.

**Caráter institucional:** ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada. Exemplos: impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, impedimento à amamentação, omissão ou violação dos direitos da mulher durante seu período de gestação, parto e puerpério, falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas vigentes.

**Caráter material:** ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica. Exemplos: cobranças indevidas por planos e profissionais de saúde, indução à contratação de plano de saúde na modalidade privativa, sob argumentação de ser a única alternativa que viabilize o acompanhante.

**Caráter midiático:** são as ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contraindicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação. Exemplos: apologia à cirurgia cesariana por motivos vulgarizados e sem indicação científica, ridicularização do parto normal, *merchandising* de fórmulas de substituição em detrimento ao aleitamento materno e incentivo ao desmame precoce.<sup>153</sup>

<sup>153</sup> Dossiê da Violência Obstétrica “**Parirás com dor**” – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa – Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012, p. 60-61. Disponível em:

Como elencado pelo Dossiê, muitas são as condutas caracterizadoras da violência obstétrica, em sua grande maioria relacionadas à violação do direito à autonomia da mulher, que costuma ficar em segundo plano quando a gestante dá entrada no atendimento de saúde. Detalhar-se-á, contudo, as condutas de maior destaque no que tange a essa violação, uma vez que diretamente envolvidas com as principais causas de mortalidade materna durante o parto, que são as infecções e hemorragias: episiotomia, manobra de Kristeller e a cirurgia cesariana desnecessária<sup>154</sup>. Apesar de a falta de atendimento no abortamento também ser uma das principais condutas, não se entrará nessa discussão pela polêmica e pela questão criminal diretamente envolvidas.

A episiotomia é, no parto vaginal, “um procedimento cirúrgico que consiste no corte da musculatura perineal da vagina até o ânus ou em direção à perna, com o intuito de aumentar a área de acesso do obstetra ao canal vaginal de parto”. De acordo com a OMS, esse procedimento deve ser utilizado em cerca de 10% dos partos, sendo indicado quando houver extrema necessidade de retirada imediata do bebê do canal de parto. A prática também é utilizada com a justificativa de ser um procedimento indicado para prevenir eventual laceração do períneo durante a saída do bebê, contudo, sendo esse procedimento, por si só, uma laceração de segundo grau não há justificativa em adotá-lo como procedimento de rotina para evitar outra laceração de segundo grau que, por ser espontânea, tem melhor cicatrização e requer menos tempo de recuperação do que o corte cirúrgico.

Além disso, a necessidade de redução da utilização das episiotomias é consenso médico internacional. Desde 1983 há demonstração<sup>155</sup> de que não existem benefícios associados ao procedimento, enquanto que os riscos dele decorrentes são conhecidos. Segundo Valéria Sousa, no estudo Amorim et al., analisados apenas partos vaginais sem a utilização de episiotomia, constatou-se

---

<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 01/05/2016.

<sup>154</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 13.

<sup>155</sup> Demonstração realizada no artigo **Benefits and risks of episiotomy: an interpretative review of the English language literature, 1860-1980**, de autoria de Thacker SB, Banta HD, publicado em *Obstet Gynecol Surv.* 1983 Jun;38(6):322-338.

uma taxa de períneo íntegro superior a 50% e cerca de 27% de necessidade de sutura em lacerações espontâneas.<sup>156</sup>

Assim, nos países em que a discussão sobre a mortalidade materna associada às más práticas obstétricas encontra-se mais sedimentada, houve importante queda nos índices de episiotomia realizadas e uma significativa redução ainda vem sendo observada, havendo, inclusive, seu registro no European Perinatal Health Report de 2010. No Brasil, apesar de Parecer Técnico<sup>157</sup> emitido pela própria Federação de Obstetrícia e Ginecologia – FEBRASGO, em maio de 2009, recomendando expressamente a não realização da episiotomia nos partos vaginais em razão dos prejuízos físicos não prevenidos ou decorrentes do procedimento (incontinência urinária, incontinência fecal, prolapso genital, dispareunia – dor na relação sexual – e dor perineal), a prática persiste de forma indiscriminada e rotineira.<sup>158</sup>

Outra conduta ainda utilizada que evidencia a violação dos direitos humanos das mulheres no parto é a realização da “Manobra de Kristeller”. Essa prática consiste em um profissional se colocar sobre a mulher e pressionar sua barriga empurrando o bebê pelo canal de parto para que saia mais rapidamente. De acordo com a pesquisa “Nascer no Brasil”<sup>159</sup>, realizada pela Fiocruz, a prática da Manobra de Kristeller ocorre em 36% dos partos vaginais e com maior frequência entre nascidos vivos sobreviventes – os chamados *near miss*<sup>160</sup> neonatais – e nos óbitos neonatais, o que permite relacionar esse procedimento aos desfechos negativos do processo de parto. Além disso, é consenso internacionalmente que esse procedimento é desaconselhado pelo alto impacto negativo tanto na mãe quanto no

---

<sup>156</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 16.

<sup>157</sup> Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/2anexo%20iii%20-%20rn%20rol.pdf>. Consulta em 03/06/2016.

<sup>158</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 17.

<sup>159</sup> Disponível em: [http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt\\_943835885.pdf](http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_943835885.pdf). Acesso em 03/06/2016.

<sup>160</sup> *Near miss* pode ser caracterizado como “um incidente que, por algum motivo, planejado ou pelo acaso, foi interceptado antes de atingir o paciente e poderia ou não causar danos”. (CAPUCHO, 2011).

bebê, que muitas vezes sofre traumatismos graves como costelas ou clavículas quebradas, dado o choque causado pelo procedimento.<sup>161</sup>

Quanto às cirurgias cesarianas, o aumento de sua adoção em casos em que não seria indicada clinicamente – as chamadas cesarianas desnecessárias – fica evidenciado pelo índice de 52% dos nascimentos, chegando, em alguns locais ao índice de 90% dos nascimentos<sup>162</sup>, enquanto a recomendação da OMS seria um índice de até 15%. O grande índice de realização de cirurgias cesarianas está diretamente ligado à prematuridade dos bebês, o que ocasiona a utilização e permanência na UTI neonatal, havendo a impossibilidade de amamentação na primeira hora de vida, sendo que sua não ocorrência gera impacto negativo tanto no estabelecimento de vínculo entre mãe e filho quanto na nutrição adequada da criança no início de sua vida.<sup>163</sup> Além disso, a pesquisa realizada pela FioCruz expõe a relação existente entre a prematuridade e as taxas de óbitos dos recém nascidos, sendo essa a maior causa desse tipo de morte analisada. Ainda, constatou-se que a taxa de *near miss* existente entre os nascidos por meio de cirurgia cesariana é maior do que os nascidos por meio de parto vaginal, o que permite concluir que a cesariana eletiva, quando desnecessária, constitui risco à vida do bebê.<sup>164</sup>

Ademais, para a mulher, a cirurgia cesariana implica em maior risco de morte pelas próprias consequências do procedimento cirúrgico, além de hemorragias, histerectomia – retirada do útero – e infecções. Veja-se informações publicadas em nota informativa do Portal Eletrônico da ANS – Agência Nacional de Saúde<sup>165</sup>:

Os partos por cesariana podem influenciar a taxa de mortalidade entre mães e bebês. A cesárea é uma cirurgia, com todos os riscos de uma intervenção desse tipo e representa uma chance seis vezes maior de a mulher morrer do que com o parto é normal. A cesariana também aumenta

---

<sup>161</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 18 e 19.

<sup>162</sup> Segundo relatório do pesquisador da Universidade Federal de Pelotas, Dr. César Vectora: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,cesarea-freia-queda-de-mortalidade-materna-diz-especialista,1521306>. Acesso em 05/06/2016.

<sup>163</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 19-20.

<sup>164</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 22.

<sup>165</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 20.

a possibilidade de a parturiente contrair uma infecção ou sofrer uma hemorragia. Para os bebês, o risco de eles terem que ir para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) quadruplica. No caso dos nascidos de parto normal, esse índice é de 3% e pula para 12% entre os nascidos por cesariana. Segundo médicos, o trabalho de parto exerce papel fundamental para o desenvolvimento dos pulmões das crianças. As contrações liberam substâncias que ajudam na maturação do pulmão do bebê e estimulam os movimentos de sucção, o que melhora qualidade da amamentação. Como, na maioria das vezes, a data das cesarianas é fixada levando em consideração apenas a conveniência do médico e da mãe, independentemente do início do trabalho de parto, muitas crianças nascem sem estar totalmente prontas, sem os pulmões plenamente capacitados.<sup>166</sup>

Assim, os dados brasileiros corroboram os dados da OMS em estudo realizado com 97.095 nascimentos no ano de 2007, no qual se verificou que nos nascimentos ocorridos por meio de cesariana ocorrem 2,3 vezes mais chances de morbimortalidade materna na cesariana eletiva e 3 a 5 vezes maiores taxas de mortalidade materna. Também, a constatação da pesquisa elaborada pela FioCruz, é de que há maior incidência de *near miss* materno nas mulheres submetidas a cesarianas sem estarem em trabalho de parto, o que indica que as cirurgias cesarianas eletivas constituem um fator efetivo de risco à vida e à saúde das mulheres.

A ocorrência das práticas violentas ou contraindicadas no atendimento às gestantes é evidenciada pelos números. Em 2015, a taxa de mortalidade dos recém nascidos no Brasil era de 11,2 por 1000 nascidos vivos, sendo que a OMS classifica como alta a taxa de mortalidade de 50 mortes a cada 100.000 nascidos vivos. Já quanto à mortalidade materna<sup>167</sup>, a taxa é de 69 mulheres a cada 100.000 nascidos vivos. Em que pese os esforços para a redução desses dados e a tecnologia existente, permanecem estagnados ou ainda aumentando, o que evidencia a necessidade de mudança das práticas de atendimento às gestantes.

Por conseguinte, com a disseminação desses dados alarmantes, inúmeros movimentos vêm realizando ações para que a mudança das práticas ocorra. Portarias<sup>168</sup> foram expedidas pelo Governo Federal, que também criou, em 1999, o

---

<sup>166</sup> Disponível em [http://www.amd.gov.br/portal/upload/home/humanizacao\\_parto.pdf](http://www.amd.gov.br/portal/upload/home/humanizacao_parto.pdf).

<sup>167</sup> “Morte materna é a morte de uma mulher durante a gestação ou dentro de um período de 42 dias após o término da gestação, independentemente da duração ou da localização da gravidez, devida a qualquer causa relacionada com ou agravada pela gravidez ou por medidas em relação a ela, porém não devida a causas acidentais ou incidentais.” (RUY, JORGE E GOTLIEB, 2008).

<sup>168</sup> Portaria 985/1999 – Criação de Centros de Parto Normal (Casas de Parto)

Portaria 466/2000 – Pacto pela Redução das Cesarianas

Portaria 569/2000 – Institui o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento

HUMANIZASUS, conduzido pelo Ministério da Saúde para efetivar a Política Nacional de Humanização; ONGs como a Artemis promovem ações, tendo levado a temática para o Fórum Mundial de Direitos Humanos e criado convênios com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e com o Ministério Público Federal para a facilitação do encaminhamento das denúncias de violência; sociedades civis como a Rehuna – Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento e a Rede Parto do Princípio, que elaborou o dossiê “Parirás com Dor”, que integra a Ação Civil Pública sobre o tema perante a Justiça Federal de São Paulo; atos como a Marcha Nacional do Parto em Casa (junho de 2012), Marcha Nacional pela Humanização do Parto (outubro de 2013) e Ato Nacional contra a Violência Obstétrica (abril de 2014) também evidenciam a mobilização da população para a mudança dessa realidade, e documentários como “Violência obstétrica, a voz das brasileiras<sup>169</sup>”, o filme “O Renascimento do Parto<sup>170</sup>” e a reportagem premiada “Na hora de fazer não gritou<sup>171</sup>” trazem o reporte midiático necessário para a conscientização sobre a forma de violência aqui tratada.<sup>172</sup>

Por conseguinte, as más práticas ou práticas inadequadamente aplicadas e a não incorporação da evidência científica à prática cotidiana no atendimento ao nascimento são evidenciadas pelos dados alarmantes explanados. Tudo isso demonstra a violação do direito à autonomia e autodeterminação das mulheres no que tange a realização de uma escolha consciente e, para fins de apuração da responsabilidade civil, mostra a não observação do dever de obter o consentimento informado da paciente por parte do médico, conforme se demonstrará a seguir.

---

Pacto pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal em 08/03/2004

Portaria 1/067/2005 – Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal

Portaria 399/2006 – Pacto pela Saúde

Portaria 699/2006 – Pacto pela Vida e de Gestão

Portaria 2.699/2009 – Prioridades do Pacto pela Saúde e Pacto pela Vida para redução da mortalidade materna e infantil

Portaria 1.459/2011 – Institui a Rede Cegonha

Portaria 2.799/2008 – Institui a Rede Amamenta Brasil

Portaria 1.153/2014 – Redefine os critérios de habilitação da Iniciativa Hospital Amigo da Criança (IHAC), garantindo o contato pele a pele e a amamentação na primeira hora de vida.

Portaria 371/2014 – Atenção Integral e Humanizada ao Recém-Nascido.

<sup>169</sup> Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=eg0uvonF25M>. Acesso em 02/12/2015.

<sup>170</sup> Mais sobre o filme em: <http://www.orenascimentodoparto.com.br/>. Acesso em 05/12/2015.

<sup>171</sup> Disponível em: <http://apublica.org/2013/03/na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em 03/06/2016.

<sup>172</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 9-10-12.

### **3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

#### **3.3.1 Os Deveres do Profissional e sua Violação na Caracterização da Violência Obstétrica**

O fato de a obrigação médica constituir obrigação de meio não implica em haver apenas deveres genéricos decorrentes da boa-fé. A obrigação médica diz respeito a um conjunto de deveres que, apesar de decorrentes da boa-fé objetiva, são específicos e não atendimento aos deveres do profissional médico no acompanhamento à gestante pode dar azo à responsabilização civil e, conseqüentemente, ao dever de indenizar. Ao acompanhar a mulher grávida durante a gestação, parto e pós-parto, o médico deve observar a técnica e a perícia, o cuidado e a diligência e a necessidade de informação e esclarecimento, caso contrário, estará adentrando e violando a esfera de autonomia da mulher grávida e, assim, violando os direitos que dela decorrem.

No que tange o dever de técnica e perícia, importante repetir que ao profissional não basta apenas a atualização teórica: ele precisa ter conhecimento sobre o desenvolvimento prático do conhecimento em relação à situação concreta enfrentada e às particularidades do paciente que, no caso, é a gestante. Além disso deverá conhecer as divergências científicas quanto a eventuais tratamentos, evidenciando, assim, a submissão à técnica e à evolução da ciência na hora de propor ao paciente eventual tratamento ou procedimento<sup>173</sup>. Quanto a essa observação, não deverá apenas o médico conhecer as evidências científicas contrárias à utilização da episiotomia, da Manobra de Kristeller e da cesariana eletiva. O profissional deverá analisar o caso da gestante em comento e ponderar a realização de tais procedimentos, como por exemplo a cesariana, que é indicada em determinados casos – a técnica é correta, mas sua utilização sem necessidade é uma conduta incorreta –, não utilizando-os apenas porque a prática brasileira é de que deles se utilize, conforme as estatísticas já mencionadas evidenciam ocorrer.

---

<sup>173</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588.

Quanto ao dever de cuidado e diligência, por outro lado, imprescindível relembrar que, em que pese ser um dever genérico que abrange todas as condutas humanas, a negligência resultante da violação desses deveres pelo profissional médico caracteriza-se como culpa omissiva<sup>174</sup> “em relação a comportamentos recomendáveis pela prática e ciência médica”.<sup>175</sup> Assim, recomendada a não utilização de práticas como a episiotomia, a Manobra de Kristeller e a cesariana eletiva, se o médico as utilizar para acelerar a duração do parto, por exemplo, confiando mais no seu próprio juízo do que no que determina a ciência, estará sendo imprudente e violando o dever de cuidado e diligência.

Dada a dificuldade de apuração de uma conduta culposa por parte do médico quanto à violação dos deveres de técnica e perícia – em razão das diferentes linhas teóricas quanto às técnicas que podem ser seguidas – e cuidado e diligência – por se tratar de uma conduta abstrata devendo ser analisada casuisticamente e a dificuldade de trazer as peculiaridades de cada caso aos autos de uma ação –, apontou-se apenas hipoteticamente a sua ocorrência nos casos específicos neste trabalho estudados. Deter-se-á, contudo, ao exame da violação do dever de informação e esclarecimento por estar o consentimento informado diretamente ligado à autonomia do paciente, da qual se acredita decorrerem os direitos das gestantes durante seu processo reprodutivo.

Tendo-se em mente que a relação médico-paciente é uma relação submetida à disciplina do CDC, o dever de informar, previsto em seu art. 6º, III, está ligado ao princípio da transparência e estabelece como obrigação do fornecedor prestar todas as informações tanto acerca do produto quanto acerca do serviço prestado. Tal princípio é tratado no art. 31 do CDC, que destaca a necessidade do fornecimento de informações “corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”<sup>176</sup>

Sobre o dever de informação e esclarecimento do profissional médico, escreveu Lívia Haygert Pithan em sua tese de doutorado:

---

<sup>174</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 589.

<sup>175</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde**. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

<sup>176</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

A informação devida pelo médico ao paciente apresenta características descritivas e prescritivas, sendo que o seu conteúdo toma forma de esclarecimentos e aconselhamentos. Os esclarecimentos dizem respeito à descrição e explicação: (i) do diagnóstico e prognóstico do paciente, (ii) das opções diagnósticas e terapêuticas disponíveis pertinentes ao caso e (iii) dos riscos inerentes aos procedimentos. O aconselhamento abrange a prescrição de condutas médicas reputadas como mais adequadas cientificamente, bem como a prescrição de condutas que cabem ao paciente para cooperar com a melhoria de seu estado de saúde. Por parte do paciente, verifica-se também um dever informativo de esclarecimento aos médicos sobre suas condições pessoais, tais como histórico clínico, sintomas, hábitos e valores que orientam seu estilo de vida.<sup>177</sup>

Assim, cabe ao médico informar a gestante, de maneira eficaz, ou seja, de maneira simples e de acordo com o seu entendimento, sobre as técnicas que serão utilizadas durante a realização do parto, bem como sobre os benefícios e malefícios de determinados procedimentos de acordo com a ciência médica para que ela, dessa forma, possa decidir sobre qual será utilizado. Dessa forma, também será atendida a obrigação de consentimento informado, que é a autorização, de maneira mais ciente possível, para a realização do procedimento.

A importância do consentimento informado para a efetivação da autonomia do paciente é tão grande que Tom L. Beauchamp e James F. Childress afirmam que “o paradigma básico da autonomia na saúde, na política e em outros contextos é o consentimento informado e *expresso*.”<sup>178</sup> Para tanto, importante ressaltar, conforme Alberto Ferreres, que “não se deve assemelhar o formulário do consentimento informado com o consentimento informado propriamente dito, já que se confunde o que deve ser um processo de troca, evolução e análise mútua de informação com a obtenção de uma assinatura de um documento”<sup>179</sup>.

Informar, portanto, a gestante sobre os procedimentos e técnicas utilizados no seu atendimento constitui obrigação positiva, conforme já tratado<sup>180</sup>, do respeito à sua autonomia. Ao deparar-se com a possibilidade de utilização de duas técnicas diferentes, deverá o médico expor à gestante os benefícios e possíveis riscos de

---

<sup>177</sup> PITHAN, Livia Haygert. **O Consentimento Informado na Assistência Médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2009.

<sup>178</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.146.

<sup>179</sup> FERRERES, Alberto R. *apud* PITHAN, Livia Haygert. **O Consentimento Informado na Assistência Médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2009.

<sup>180</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, p.44-45.

cada uma, cabendo a ela decidir qual será utilizada. Ainda que tenha uma técnica que acredita ser mais benéfica, não poderá o médico induzir a gestante a optar por essa técnica sob pena de estar violando seus deveres como médico e o direito à autonomia de sua paciente. Trata-se o consentimento informado, assim, de um consentimento eficaz e, para tanto, não pode ter sido induzido por uma convicção do profissional.

Apesar disso, segundo Valéria Sousa<sup>181</sup>, o documentário “Violência Obstétrica - A voz das Brasileiras” demonstra que os procedimentos cuja realização são mais evidentes quanto à violação dos direitos das mulheres durante o parto – episiotomia, Manobra de Kristeller e cesariana desnecessária – muitas vezes são realizados sem o seu consentimento, não havendo informação quanto à necessidade de sua utilização nem dos riscos à saúde que deles decorrem. Além disso, as mulheres sequer têm conhecimento da necessidade de tais procedimentos serem autorizados por elas, de forma que a episiotomia é o único procedimento cirúrgico realizado sem consentimento<sup>182</sup>. Nesses casos, evidente a responsabilização civil se verificada a culpa, uma vez que o não atendimento ao dever – ilícito – e o dano – violação da autonomia, sem citar a possível ocorrência das complicações já tratadas quando analisadas as principais condutas que configuram violência obstétrica – podem ser configurados.

### **3.3.2 Natureza e Extensão da Responsabilidade Médica por Violência Obstétrica**

A responsabilidade do profissional médico, como já mencionada, por ser responsabilidade por ato ilícito, baseia-se no art. 186 combinado com o art. 927 do CC. Já quando se tratar de relação de consumo, em que o profissional é remunerado diretamente pelo paciente – cliente –, o regime de responsabilidade

---

<sup>181</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 13.

<sup>182</sup> Dossiê da Violência Obstétrica “**Parirás com dor**” – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa – Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012, p. 80. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 01/05/2016.

permanece sendo subjetivo, porém, com fundamento no art. 14, §4º, do CDC<sup>183</sup>. Tal distinção encontra importância quando da verificação da culpa, podendo haver inversão do ônus da prova no segundo caso.<sup>184</sup>

Em que pese a existência da possibilidade de inversão do ônus da prova para a apuração da culpa médica, uma vez que se trata de relação de consumo, o Tribunal de Justiça Gaúcho não costuma reconhecer essa possibilidade. Tal fato é ratificado pelos resultados da já citada pesquisa realizada com os termos “responsabilidade civil médica” e “inversão do ônus da prova”, em que foram encontrados dez acórdãos proferidos pelo Desembargador Paulo Antônio Kretzman entre os anos de 2007 e 2009, reconhecendo a dinamização do ônus da prova em casos de apuração da culpa médica com base no art. 6º, VIII, do CDC, mas nenhum acórdão posterior ou de outro relator nos mesmos termos.

A dificuldade de produção de prova da culpa pelas gestantes, pode ser evidenciada fazendo-se remissão novamente a Cavalieri Filho:

A prova da culpa (...) não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a *conspiração do silêncio*, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro tende a isentar o colega pelo ato incriminado.<sup>185</sup>

Ademais, o entendimento do Professor Fluminense é confirmado por pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com os termos “episiotomia” e “responsabilidade civil do médico” e “cesariana” foram encontrados 42 acórdãos. Dentre os 42 acórdãos, em 23 a culpa médica não foi verificada<sup>186</sup>, em 8 a análise

<sup>183</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

<sup>184</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

<sup>185</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 371.

<sup>186</sup> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. AGIR CULPOSO NÃO VERIFICADO. AUSENTE PROVA DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Em se tratando de erro médico, mesmo que tivesse restado caracterizada relação de consumo, o que não ocorreu, a responsabilidade do profissional teria como fundamento a culpa, a teor do §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como do art. 951 do CC. 2. No caso, as provas trazidas aos autos

era quanto à responsabilidade do hospital<sup>187</sup>, em 2 tratava-se de questões processuais<sup>188</sup> e em 9 houve a verificação de culpa médica. Dos 9 acórdãos em que houve a verificação da culpa médica, em 2 houve anóxia dos bebês por utilização do fórceps<sup>189</sup>, em 1 o profissional não estava habilitado para utilizar o fórceps<sup>190</sup>, em 1

não são suficientes a ensejar um juízo de procedência dos pedidos, visto que não restou comprovado o agir culposo do médico demandado. 3. Ainda que se possa ser rigoroso na apreciação de eventuais falhas médicas, já que quanto mais importante e prestigiosa é a profissão, maior é a perícia e competência que se espera do profissional, fato é que sem a percepção de alguma falha imputável ao médico, não há que se falar em responsabilização civil. 4. Prova testemunhal e pericial a evidenciar a ausência de conduta negligente, imperita ou imprudente por parte do médico. 5. Improcedência dos pedidos confirmada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70067545152, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/04/2016).

Nesse sentido, apelações cíveis nº 70067747956, nº 70065087496, nº 70064663990, nº 70062717046, nº 70061797304, nº 70054530043, nº 70058205519, nº 70058087214, nº 70054032156, nº 70055259287, nº 70055319065, nº 70055756647, nº 70054242912, nº 70047082797, nº 70051137586, nº 70042631820, nº 70039115969, nº 70037779204, nº 70036262988, nº 70025279548, nº 70031757602 e nº 70026043539.

<sup>187</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. PARTO. FALHA. DANO MORAL. A prestação de serviços relacionados à saúde possui riscos inerentes, que não podem ser atribuídos integralmente aos médicos e hospitais. Necessária a presença de culpa do profissional ou falha no serviço prestado pelo fornecedor. Incidência do art. 14, § 4º, do CDC. Na espécie, não há indicação de falha ou de erro no atendimento prestado no hospital. Apelação não provida. (Apelação Cível Nº 70065616567, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27/08/2015).

Nesse sentido, apelações cíveis nº 70062374434, nº 70039176532, nº 70048380877, nº 70031127319, nº 70025665084, nº 70008722951 e nº 70003584885.

<sup>188</sup> APELACAO CIVEL. HOSPITAL. FIXACAO DE DANO MORAL. INTERESSE DE MENOR. AUSENCIA DE INTIMACAO E DE INTERVENCAO DO MINISTERIO PUBLICO. MANDATO. INSTRUMENTO PARTICULAR. E RELATIVA A NULIDADE DECORRENTE DA AUSENCIA DE INTIMACAO E INTERVENCAO DO PARQUET, VEZ QUE AUSENTE INTERESSE DE ORDEM PUBLICA. A OUTORGA DE MANDATO POR MENOR ASSISTIDA PELA MAE SE FAZ POSSIVEL, MESMO QUE POR INSTRUMENTO PARTICULAR, NAO ACARRETANDO IRREGULARIDADE. PRECEDENTES - STF E STJ. NEGLIGENTE O ATENDIMENTO A PACIENTE QUE, REALIZADO PROCEDIMENTO DE PARTO NORMAL, APOS, RECEBENDO ALTA, VEM A EXPELIR UMA BUCHA DE GAZE DEIXADA NO INTERIOR DE SEU CORPO. DEVER DE INDENIZAR. INDENIZACAO MAJORADA. REJEITARAM A PRELIMINAR. VOTO VENCIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (17FLS - D.) (Apelação Cível Nº 70004301826, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosa Terezinha Silva Rodrigues, Julgado em 04/12/2002)

Nesse sentido, Apelação Cível nº 70066622119.

<sup>189</sup> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ANOXIA PERINATAL DECORRENTE DE PARTO A FÓRCEPS. SEQUELAS NEUROLÓGICAS. ELEMENTOS DE PROVA QUE INDICAM CONDUTA MÉDICA FALHA DURANTE O PARTO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. Apelo parcialmente provido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70063079990, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Julgado em 12/03/2015).

Nesse sentido, Apelação Cível nº 70054460852.

<sup>190</sup> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PROFISSIONAL SEM A COMPETÊNCIA NECESSÁRIA PARA A UTILIZAÇÃO DE FÓRCEPS. RETARDO NO PARTO. DANOS CEREBRAIS AO INFANTE. ERROR IN JUDICANDO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. (...). DO DEVER DE INDENIZAR DO MÉDICO. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, onexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Hipótese em que restou comprovada a negligência do réu ao efetuar o parto do filho dos autores sem ser totalmente capacitado para tal, retardando o nascimento do infante em razão de não estar apto a utilizar o fórceps, instrumento

houve esquecimento de pinça cirúrgica dentro do corpo da gestante quando da realização de cesariana<sup>191</sup>, em 1 houve morte da criança resultante de conduta do corpo clínico<sup>192</sup> e, nos 4 restantes, que tratam da utilização da episiotomia, em 1 houve infecção generalizada com consequente morte<sup>193</sup>, em 1 foi reconhecida a

---

utilizado posteriormente por outro médico, tendo a criança restado com graves lesões cerebrais que resultaram em seu falecimento no curso da ação. Danos morais in re ipsa. (...) APELAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA. APELO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível N° 70037989621, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 31/03/2011)

<sup>191</sup> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CESARIANA. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO APÓS O PROCEDIMENTO. PINÇA CIRÚRGICA. NÃO COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE MÉDICA. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. Restando assente no laudo pericial que a infecção sofrida pela autora foi causada por germes de evolução lenta, associada a um granuloma aos fios de sutura utilizados na operação cesariana, e não em razão de esquecimento de pinça cirúrgica no organismo da paciente, o que sequer restou demonstrado, tendo o expert concluído pela impossibilidade de permanência do objeto pelo tempo mencionado na exordial, inviável o reconhecimento do dever de indenizar dos demandados ante a ausência de nexo causal entre a conduta médica e os danos descritos na inicial. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível N° 70036906758, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 16/12/2010)

<sup>192</sup> APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE ANESTESIOLOGISTA. CESÁRIA ANTERIOR. ROTURA UTERINA. FETO VIVO EM ESTADO VEGETATIVO. FALHAS DO NOSOCÔMIO. HOSPITAL ESCOLA. CONSEQUÊNCIAS RESPONSABILIDADE OBJETIVA E DIRETA DO HOSPITAL E SUBSIDIÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Trata-se de ação de indenização por responsabilidade civil decorrente de erro médico julgada parcialmente procedente na origem. (...) Não obstante, para que a parte demandada responda objetivamente pelos danos ocasionados pelos seus profissionais médicos, o autor tem o dever de demonstrar a existência de conduta culposa, mormente porque a responsabilidade dos réus depende da análise da conduta culposa do profissional a eles vinculado, tendo em vista o disposto no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a parte autora comprovar o ato ilícito ocorrido por culpa do médico profissional, o nexo de causalidade e o dano sofrido. "In casu", da análise do conjunto fático-probatório, é possível concluir que o atendimento prestado aos autores pelo corpo médico da parte demandada foi coroadado de imprudência, imperícia e negligência, causa direta nas lesões experimentadas pela autora e pelo abrupto falecimento do recém-nascido, falha ligada ao resultado danoso, sem a qual, seria, sem dúvida, possível, outro desfecho. (...) APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS, DE RESTO, MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário N° 70048387922, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 29/08/2013)

<sup>193</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PARTO NORMAL COM EPISIOTOMIA. ART. 121, § 3º, DO CP. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. (INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO). PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO. Demonstrado que o réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, e que dita conduta levou a paciente a óbito, pois, após o parto com episiotomia, deixou de realizar procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando com infecção generalizada, que evoluiu com a morte da vítima, mostra-se correta a sua condenação pela prática do delito de homicídio culposo. Aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do CP, por inobservância de regra técnica de profissão. Pena

condenação ao pagamento de danos morais e estéticos decorrentes do procedimento<sup>194</sup>, e nos 2 últimos verificou-se a culpa médica pela realização de episiotomia sem levar em consideração as condições anatômicas da gestante<sup>195</sup>.

Por conseguinte, em que pese o não atendimento dos deveres do médico e a violação de dispositivos existentes na CF/88, nos Tratados dos quais o Brasil é signatário, no Código de Ética Médica e nas Portarias apontadas, a verificação da culpa médica para a aferição de sua responsabilidade nos casos em que há violação

---

definitiva de dois anos de detenção, substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que se mostra adequada ao caso, não ensejando redimensionamento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70053392767, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 14/11/2013)

<sup>194</sup> APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PARTO NORMAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EPISIOTOMIA. LESÃO DO CANAL ANAL. FÍSTULA RETOVAGINAL. DANOS CARACTERIZADOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Quanto aos atos comissivos, responde o nosocômio de forma objetiva pelos danos causados a terceiros. Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 2. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que os danos suportados pela parte autora decorreram de falha no atendimento médico prestado pelo réu, qual causou lesão no canal anal da paciente durante a realização de parto normal, razão pela qual justa e legal a condenação do nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos. (...) APELOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70047647755, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 25/07/2012)

<sup>195</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LEGITIMIDADE DO HOSPITAL. MÉDICO CREDENCIADO AO SUS. PARTO. EPISIOTOMIA MEDIANA. PROCEDIMENTO NÃO RECOMENDADO À ESPÉCIE. CONDIÇÕES ANATÔMICAS DA PACIENTE QUE DENOTAVAM A INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. CULPA CARACTERIZADA. DANOS MORAIS. QUANTUM. MANUTENÇÃO. DANOS MATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. 1. LEGITIMIDADE PASSIVA DO NOSOCÔMIO. A despeito da ausência de relação empregatícia entre médico e hospital, a partir do momento em que o nosocômio disponibiliza suas dependências para o atendimento pelo seu corpo clínico, está igualmente tornando-se responsável pelos procedimentos que ali vierem a ser executados, com todas as conseqüências daí decorrentes. A vinculação do profissional ao Sistema Único de Saúde em nada altera essa realidade, relevando a circunstância de ter sido o atendimento prestado em suas dependências. 2. CULPA. Hipótese na qual a perícia realizada em juízo confirmou a incorreção do procedimento empregado pelo médico demandado (episiotomia mediana), dado o alto risco de lesões na região retal, principalmente considerando as condições anatômicas da paciente. A prematura alta hospitalar, sem a adoção de todas as cautelas que a espécie recomendava, fato igualmente esclarecido pela prova pericial, serve apenas para deixar ainda mais clara a culpa do demandado, que foi também negligente ao se omitir nos cuidados que o pós-parto exigia. 3. DANOS MORAIS. QUANTUM. O valor da reparação deve compreender, dentro do possível, a compensação pelo dano infligido à vítima, ao mesmo tempo servindo de freio, de elemento inibidor e de sanção ao autor do ato ilícito, a fim de que não o volte a repetir. Hipótese em que o quantum fixado a título de reparação por dano moral vai mantido, por apresentar-se consentâneo aos parâmetros de fixação desta Corte. 4. DANOS MATERIAIS. Não comprovadas eventuais limitações para as tarefas diárias, nem mesmo inaptidão para o trabalho, descabe a fixação de pensionamento. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70028052017, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/03/2009)

Nesse sentido, Apelação Cível nº 70019587369.

da autonomia das gestantes não encontra respaldo na jurisprudência analisada e, de acordo com Valéria Sousa, no Sistema Judiciário Brasileiro<sup>196</sup>.

Assim, o pressuposto da responsabilização civil médica nos casos de violência obstétrica é o não atendimento aos deveres do médico já existentes, tanto aqueles que podem ser estabelecidos em um contrato quanto os decorrentes da boa-fé objetiva. O não atendimento a tais deveres implica na violação da autonomia das gestantes enquanto pacientes e dos direitos dela decorrentes, como os sexuais e reprodutivos. A verificação dessa violação, contudo, depende da apuração da culpa do profissional médico e, dada a dificuldade da produção de prova da culpa médica, ainda não há respaldo jurisprudencial no que tange a responsabilização civil médica nos casos de violência obstétrica<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 35.

<sup>197</sup> SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015, p. 34-35.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de monografia teve como objeto a verificação da ocorrência da responsabilização civil médica nos chamados casos de violência obstétrica. Para que se procedesse o presente estudo, indentificou-se que o conceito de violência obstétrica decorre da violação de direitos já reconhecidos aos pacientes, bem como de direitos específicos das mulheres no período da gestação como os sexuais e reprodutivos.

Assim, a fim de analisar os deveres do médico cuja falta acarretaria em eventual violação do direito da paciente, pesquisou-se quanto à natureza da obrigação médica e da responsabilidade civil médica. Concluiu-se que a obrigação médica, de regra, constitui uma obrigação de meio, sendo aquela em que o devedor não se compromete com o resultado da prestação e sim com a sua melhor execução, realizando seus maiores esforços. Também concluiu-se que, apesar de haver uma tendência para que se estabeleça uma visão monista – que não efetua esta diferenciação –, a responsabilidade do médico pode ser contratual ou extracontratual, contudo, essa diferenciação só possui maiores efeitos quando da demonstração da culpa, podendo ser, no primeiro caso, presumida enquanto no segundo deve ser provada. Pode-se concluir, ainda, que as obrigações decorrentes da boa-fé, cujo fundamento é o contrato social, se aplicam tanto à relação contratual quanto à extracontratual.

Dessa forma, depreendeu-se que, na relação médico-paciente, o profissional está obrigado a cumprir com o dever de boa-fé e com seus deveres anexos, que se classificou em três grupos, seja informação e esclarecimento técnica e perícia e cuidado e diligência. Quanto aos deveres de técnica e perícia e cuidado e diligência, concluiu-se que a ocorrência da violação, apesar de possível, é de difícil verificação. Ainda que o profissional tenha conhecimento da indicação da cesariana apenas para determinados casos, bem como de todos os riscos por ela ocasionados, utilizando-a sem necessidade, pode estar submetido a uma linha teórica que não compactua com a contraindicação da cesariana, sendo difícil, assim, constatar sua imperícia. Já quanto ao dever de cuidado e diligência, mesmo que o médico tenha se utilizado de cesariana, Manobra de Kristeller ou episiotomia, por exemplo, para que o parto fosse acelerado em seu proveito, por se tratar de um

dever genérico que abrange todas as condutas humanas e tem como padrão o agir do homem médio, é trabalhoso depreender que tal agir foi por falta de cuidado. Assim, como o objetivo deste estudo é verificar a responsabilização do médico, inferiu-se que a violação do dever de informação e esclarecimento na relação médico gestante é a que se tem mais evidentemente configurada.

Partindo-se do pressuposto que a relação médico-paciente é uma relação submetida à disciplina do CDC, o dever de informar, previsto em seu art. 6º, III, está ligado ao princípio da transparência e estabelece como obrigação do fornecedor prestar todas as informações tanto acerca do produto quanto acerca do serviço prestado. Tal princípio, tratado no art. 31 do CDC, que destaca a necessidade do fornecimento de informações “corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”, conforme se pode aferir, está intimamente ligado à promoção do consentimento informado, que é o “panorama básico da autonomia na saúde, na política e em outros contextos”. A gestante, de acordo com o que se inferiu por meio do estudo do dever de informação e esclarecimento, só tem a autonomia sobre o seu próprio corpo respeitada quando informada acerca dos procedimentos aos quais pode ou não se submeter, realizando sua própria escolha de maneira consciente.

Ainda que a violação do direito à autonomia das gestantes possa ser mais evidentemente verificada quando da violação do dever de informação e esclarecimento, por meio do estudo da doutrina acerca da apuração da culpa médica concluiu-se que tal prova constitui tarefa da qual é muito difícil o paciente se desincumbir, seja porque há superioridade técnica do médico na relação, seja porque os tribunais não se sentem confortáveis em avaliar questões técnicas atinentes aos serviços médicos. Tal tese doutrinária, por ora, foi corroborada pela pesquisa jurisprudencial que se realizou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da qual se pode concluir que a culpa médica normalmente é configurada nos casos de erro médico ou presumida nos casos em que a obrigação médica constitui obrigação de resultado.

Assim, depreendeu-se que, em que pese a relação médico gestante ser uma relação de hipossuficiência e estar submetida ao CDC, que possibilita a inversão do ônus da prova para fins de apuração da culpa quando da verificação de responsabilidade, poucas vezes tal inversão foi reconhecida pelo Tribunal Gaúcho.

Contudo, deduziu-se que o CPC de 2015 abriu a possibilidade para a teoria da dinamização do ônus da prova, o que não ocorria no Código de 1973 e que resulta em alguma perspectiva de mudança quanto ao tratamento da prova nos casos em que se verifica a responsabilidade médica.

Por fim, concluiu-se, com a presente monografia, que ainda que haja a verificação hipotética da responsabilização civil médica quanto aos direitos das gestantes no seu processo reprodutivo, principalmente no que tange a violação do dever de informação e esclarecimento, a dificuldade de provar a culpa quando da ocorrência do ilícito nesse tipo de relação faz com que essa verificação não encontre respaldo jurisprudencial no sistema jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Revista jurídica. Porto Alegre vol. 45, n. 231, jan., 1997.

AGUIAR, Janaína Marques de. **Violência Institucional nas Maternidades Públicas: Hostilidade ao invés de Acolhimento como uma Questão de Gênero**. São Paulo, 2010.

AVECONE, Pio. **La responsabilità penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05/05/2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em 28/04/2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em 28/04/2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 28/04/2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 28/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 992.821/SC**. Recorrente: L. G. Recorrido: Rogério Antônio Gaio. Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 14/08/2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+992.821&aplicacao=processos\\_ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+992.821&aplicacao=processos_ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO). Acesso em 05/04/2016.

CAPUCHO, HC. **Near miss: quase erro ou potencial evento adverso?** [Carta ao Editor]. Rev. Latino-Am. Enfermagem [Internet]. set.-out. 2011; 19(5). Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt\\_27.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt_27.pdf). Acesso em 04/06/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CLOTET, Joaquim. **O Respeito à Autonomia e aos Direitos dos Pacientes**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 53 (4): 432-435, out-dez. 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Código de Ética Médica**.

Disponível em:

<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 12/04/2016.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé**.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005.

Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 03/06/2016.

**Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”** – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa – Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012, p. 36.

Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 01/05/2016.

FABRE-MAGNAN, Muriel. **Les obligations**. Paris: PUF, 2004.

FERRERES, Alberto R. **El consentimiento informado em la práctica quirúrgica**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, in AJURIS, vol. 19, nº 55, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KUHN, Adriana Menezes de Simão. **Os Limites do Dever de Informar do Médico e o Nexo Causal na Responsabilidade Civil na Jurisprudência Brasileira**. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

LAURENTI, Ruy; JORGE, Maria Helena P. de Mello; GOTLIEB, Sabina Léa Davidson. Mortes maternas e mortes por causas maternas. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 17, n. 4, p. 283-292, dez. 2008.  
Disponível em: [http://scielo.iec.pa.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-49742008000400005&lng=pt&nrm=iso](http://scielo.iec.pa.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742008000400005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 05/06/2016.

LOCKE John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Madrid: Aguilar, 1976.

MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor**, in Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZEAUD; MAZEAUD. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, 3ª ed., v. 1, n. 431 e s.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MILL, John Stuart. On Liberty, in: **Mill JS.Utilitarianism**. New York: A Meridian Book, 1974.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

NIGRE, André Luiz. **Responsabilidade civil do médico**. In: NIGRE, André Luiz (Coord.). Direito e medicina: um estudo preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Duas décadas de luta feminista anti-racista pelos direitos sexuais e reprodutivos**, in Saúde Reprodutiva das Mulheres: Direitos, Desafios e Políticas Públicas. Brasília: CFEMEA: IWHC, Fundação H. Boll, Fundação Ford, 2009.

Disponível em:

[http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/270/CFEMEA\\_saude\\_e\\_reprodutiva\\_das\\_mulheres.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/270/CFEMEA_saude_e_reprodutiva_das_mulheres.pdf?sequence=1). Acesso em 20/05/2016.

PENNEAU, Jean. **La réforme de la responsabilité médicale**. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, 1990.

PITHAN, Livia Haygert. **O Consentimento Informado na Assistência Médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2009.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. **Cidadania e Feminismo no Reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres** in Estudos Feministas, Florianópolis, 20(1): 344, janeiro-abril/2012.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a03v20n1.pdf>. Acesso em 18/05/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70066290909**. Apelante: Dionisio Pedo. Apelado: Heron Cecil Coelho Agne. Relator: Ney Wiedemann Neto. Sexta Câmara Cível. Julgado em 17/12/2015. Disponível em: <http://goo.gl/UWtLWx>. Acesso em 05/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70060383296**. Apelante: Joceli Almeida da Hora. Apelado: Carlos Augusto Marques Bispo. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Nona Câmara Cível. Julgado em 10/09/2014. Disponível em: <http://goo.gl/VYhyDV>. Acesso em 05/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70050565142**. Apelante: Patrícia Bissacotti. Apelado: Nara Joziane Barbosa dos Santos. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Décima Câmara Cível. Julgado em 28/02/2013. Disponível em: <http://goo.gl/Zchil2>. Acesso em 05/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70023811870**. Apelante: Pierina Marcante da Silva. Apelado: Eduardo Scortegagna e Associação Hospitalar Beneficente São Vicente de Paulo. Relator: Léo Romi Pilau Junior. Nona Câmara Cível. Julgado em 28/05/2008. Disponível em: <http://goo.gl/btGh5C>. Acesso em 05/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70055070924**. Apelante: Raquel Guterres Oliveira. Apelado: Miguel Martinez Grazziotin. Relator: Eugênio Facchini Neto. Nona Câmara Cível. Julgado em 10/07/2013. Disponível em: <http://goo.gl/yJpgtw>. Acesso em 05/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70027452721**. Agravante: Ana Cristina Des Essarts Trindade. Agravados: Miguel Mario Fernando Silva de Deus, Sandra de Azevedo Bohrer e Hospital Mãe de Deus. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Décima Câmara Cível. Julgado em 26/11/2009. Disponível em: <http://goo.gl/SGTf8F>. Acesso em 07/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70045395985**. Apelante: B. Apelado: K. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Nona Câmara Cível. Julgado em 14/12/2011. Disponível em: <http://goo.gl/Qn4xBi>. Acesso em 07/04/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70065616567**. Apelante/Recorrido Adesivo: Patric Souza e Greice Loureiro. Apelado/Recorrente Adesivo: Fundação Ivan Goulart – Hospital Ivan Goulart e João Ismael Rodrigues Portela. Relator: Marcelo Cezar Muller. Décima Câmara Cível. Julgado em 27/08/2015. Disponível em: <http://goo.gl/NqJ9Gn>. Acesso em 01/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70004301826**. Apelante: Vania Prestes Santana. Apelado: Hospital Universitário São

Francisco de Paula. Relatora: Rosa Terezinha Silva Rodrigues. Nona Câmara Cível. Julgado em 12/03/2015.

Disponível em: <http://goo.gl/lbl5Sq>. Acesso em 01/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº**

**70063079990**. Apelante: Iago Silveira Correa. Apelado: Ramiro T. Panatieri, Sonia Maria Rodrigues da Cunha e Irmandade de Caridade do Senhor Bom Jesus dos Passos. Relatora: Elisa Carpim Corrêa. Sexta Câmara Cível. Julgado em 12/03/2015.

Disponível em: <http://goo.gl/B42zq9>. Acesso em 01/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº**

**70037989621**. Apelante/Apelado: Sucessão de Marcio Kael Pinheiro, Isabel Cristina Amarante, Marcio Luis de Assis Pinheiro e Ivanei Roberto Sausen. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Décima Câmara Cível. Julgado em 31/03/2011.

Disponível em: <http://goo.gl/WAjZKb>. Acesso em 03/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº**

**70036906758**. Apelante: Cenira da Silva Betella. Apelado: Hospital Beneficente Santo Antonio e Vicente Fernandez Arandia. Paulo Roberto Lessa Franz. Décima Câmara Cível. Julgado em 16/12/2010.

Disponível em: <http://goo.gl/yjFcYF>. Acesso em 03/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação e Reexame Necessário nº**

**70048387922**. Apresentante: Juiz(a) de Direito. Apelantes/Apelados: Estado do Rio Grande do Sul, Marcos Alberto da Silva, Roseli Tenório Peixoto, Município de Caxias do Sul, Hospital Geral de Caxias do Sul e Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Niwton Carpes da Silva. Sexta Câmara Cível. Julgado em 29/08/2013.

Disponível em: <http://goo.gl/NuhHCY>. Acesso em 04/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº**

**70053392767**. Apelante: Osmar Correa. Apelado: Ministério Público. Relatora: Lizete Andreis Sebben. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 14/11/2013.

Disponível em: <http://goo.gl/tIRCY7>. Acesso em 04/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº**

**70047647755**. Apelante: Ana Paula Amaral. Apelado: Fundação de Saúde Pública de Novo Hamburgo. Relator: Gelson Rolim Stocker. Quinta Câmara Cível. Julgado em 25/07/2012.

Disponível em: <http://goo.gl/T0zbF9>. Acesso em 04/06/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº**

**70028052017**. Apelante/Apelado: Jussara Tatiana Becker, Helio Antonio Artus e Hospital São Sebastião Martir. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Décima Câmara Cível. Julgado em 26/03/2009.

Disponível em: <http://goo.gl/oDZoc2>. Acesso em 04/06/2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 1975, v. 4, p. 148, n. 53.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e**

na **Pós-modernidade**. Revista de informação legislativa: v. 41, n. 163 (jul/set 2004). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em 30/05/2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**, v. 1, n. 4, Paris, 1951.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA, Valéria. **Nota Técnica – Violência Obstétrica – Consideração sobre a violação do direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015.

TARTUCE, FLÁVIO. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde**. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). Responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, p. 41-75, abr/jun. 2002.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **O Caso da Cesariana Forçada em Torres/RS** in Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 16, mai/ago de 2014.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán – Parte general**, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

WERCH, Alessandra Gisele Fagundes. **Direitos Sexuais e Reprodutivos, Vias de Parto e Assistência à Gestação. “Vamos fazer cesárea, mamãezinha?”**. 2013. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013.