

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Vitor Rafo Leites

DA VINCULAÇÃO DO JULGADOR À PROVA TÉCNICA NAS AÇÕES DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Porto Alegre  
2019

Vitor Rafo Leites

**DA VINCULAÇÃO DO JULGADOR À PROVA TÉCNICA NAS AÇÕES DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de  
Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  
Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Tula Wesendonck.

Porto Alegre

2019

Vitor Rafo Leites

**DA VINCULAÇÃO DO JULGADOR À PROVA TÉCNICA NAS AÇÕES DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann - UFRGS

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Lisiane Feiten Wingert Ody - UFRGS

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Tula Wesendonck - UFRGS

## RESUMO

Esta monografia tem, como objetivo, abordar e analisar a responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro, assim como analisar aspectos processuais das ações judiciais por alegado erro médico. Pretende-se firmar a posição de que a responsabilidade do profissional é de natureza subjetiva e as suas obrigações, independentemente da situação, são de meio. Analisar-se-ão questões de direito probatório e de convencimento judicial das ações por erro médico, verificando-se e dando destaque à complexidade das ações e da incompatibilidade do conhecimento médio com a solução justa e adequada dessas demandas. Propor-se-á a vinculação do julgador a provas de natureza técnica, cuja substância respeite e acompanhe a complexidade das ações. O tema carece de um debate mais aprofundado por parte da doutrina nacional e pelos próprios Tribunais. Ganha relevância frente ao crescimento expressivo da judicilização de ações com esse objeto, fato que acaba por ressaltar a ausência de preparo dos operadores do Direito.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Convencimento Judicial. Prova pericial. Prova Técnica.

## ABSTRACT

This monography have, as objective, to approach and to analyse the civil responsibility of the doctor at the brazilian legal order, as well as analyse procedural aspects of juridical actions by alleged medical error. Intends to firm the position that is responsibility of the professional it is from subjective nature and their obrigations, regardless of the situation, are of the mean. Analysed will be the questions of right evidence and judicial convening of ations by medical error , being verified and giving highlights to the complexity of the actions and the incompatibility of medium knowledge with the fair solution and proper of those demands. It is offered a trial judge of tecnicall nature binding, whose substance respect and follow the complexity of the actions. The topic need a debate more deepened by part of the national doctrine and by the courts themselves. Wins relevance front the expressive growth by the judicialization of actions with this objective, fact that ends to emphasize the absence of preparation the operators of law.

Keywords: civil responsibility. Medical error. Juridical convening. Expert proof. technical proof.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	6
1. INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES PRELIMINARES.....	10
1.1. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	11
1.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA OBRIGAÇÃO DO PROFISSIONAL.....	13
2. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, DOS DEVERES DA PROFISSÃO E DAS ESPÉCIES DE ERRO. ....	18
2.1. DEVERES MÉDICOS.....	21
2.1.1. DEVER DE CONSELHO E DE INFORMAÇÃO.....	21
2.1.2. DEVER DE ATUALIZAÇÃO.....	27
2.1.3. DEVER DE VIGILÂNCIA E DE CUIDADOS.....	29
2.1.4. DEVER DE ABSTENÇÃO DE ABUSO. ....	30
2.2. ESPÉCIES DE ERRO MÉDICO. ....	31
2.2.1. ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	31
2.2.2. ERRO DE TRATAMENTO. ....	32
3. QUESTÕES DE PROVA E DO LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL .....	33
3.1. DAS PROVAS .....	36
3.2. VALORAÇÃO E CONVENCIMENTO.....	39
3.3. DA RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO.....	44
4. A PROVA TÉCNICA COMO MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE DO CONVENCIMENTO JUDICIAL NAS DEMANDAS COMPLEXAS.....	50
4.1. DO GÊNERO PROVA TÉCNICA.....	51
4.2. APLICAÇÃO DA PROVA TÉCNICA AOS CASOS DE ERRO MÉDICO .....	55
4.3. DO CASO PRÁTICO QUE MOTIVOU A ELABORAÇÃO DESTA MONOGRAFIA .....	57
CONCLUSÃO .....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	64

## INTRODUÇÃO

A relação entre médico e paciente sofreu significativas mudanças ao longo da história, perdendo-se, hoje, a confiança e a proximidade que se tinha com o profissional, e se tornando uma mera prestação de serviços, inserida no contexto de atendimento em massa.

Não há a menor dúvida de que a mudança na relação influencia no crescente número de ações judiciais por alegado erro médico, amparadas, muitas das vezes, em mero desconforto relativo ao formato do atendimento, porém distantes de caracterizarem a responsabilidade do profissional.

O crescente número de ações causa e expõe duas situações flagrantes: causa o aumento do preço na prestação de serviços (plano de saúde, exames, consultas, procedimentos cirúrgicos, etc.), e expõe o despreparo técnico dos nossos Tribunais.

Nesse contexto, exige-se, assim como singelamente se propõe nesta monografia, a realização de uma abordagem crítica do instituto da responsabilidade civil aplicado aos profissionais de medicina, assim como uma análise dos aspectos da valoração da prova e da formação do convencimento judicial nas ações por alegado erro médico.

O objetivo da monografia não é outro senão o de fomentar o debate nesses casos, buscando, por meio disso, e de forma colaborativa, apresentar soluções para a resolução desses conflitos. Ressalta-se a necessidade de colaboração, tendo em vista que, por óbvio, o tema é de tamanho expressivo e a sua solução extrapola, em larga medida, os limites e as limitações de uma monografia acadêmica, motivo pelo qual o fomento do debate é seu primeiro objetivo.

A impossibilidade de se adaptar todos os Tribunais ao julgamento de ações de alta complexidade faz com que o debate, que aqui se proporá, ganhe relevância, pois permite que sejam pensadas e apontadas soluções práticas (e possíveis) para uma correta resolução desses conflitos.

Cumprir informar que o trabalho foi dividido em duas partes: a primeira, de Direito Material; e a segunda, de Direito Processual. Escolhida tal divisão por questões

meramente didáticas, tendo em vista que, ao fim, a análise dentro do processo judicial acaba por unir ambos os campos.

Tanto a *parte I* quanto a *parte II* possuem dois tópicos, devidamente preenchidas por subtópicos de aprofundamento das questões que se demonstram de maior relevância para a discussão do tema.

O primeiro tópico da primeira parte se propõem a abordar questões mais genéricas da responsabilidade civil, distinguindo a natureza contratual e extracontratual das relações jurídicas, a responsabilidade objetiva e subjetiva e, também, as obrigações de meio e de resultado.

Destaca-se que o *tópico 1* é preenchido pela introdução, que tem como intenção ressaltar a mutabilidade do instituto da responsabilidade civil, bem como por dois subtópicos que abordarão a natureza da responsabilidade civil e realizarão uma introdução às obrigações do profissional.

O segundo tópico da primeira parte já se direciona, de forma mais específica e detida, à análise da responsabilidade do médico frente ao ordenamento jurídico e à doutrina, assim como se debruçará às questões dos deveres atinentes à profissão.

Por meio de análise doutrinária, devidamente mencionada no corpo do trabalho, concluiu-se pela seguinte distribuição: *tópico 2.1., que tratará dos deveres do profissional; e tópico 2.2., que será destinado às espécies de erro médico.*

No *tópico 2.1.* serão analisados os deveres de conselho e de informação, de atualização, de vigilância e de cuidados, e de abstenção de abuso. As categorias também foram extraídas da doutrina, optando-se pela que se entendeu mais adequada e mais completa.

A compreensão das categorias de deveres é fundamental para análise da responsabilidade civil do médico, principalmente para se perquirir quanto à sua aplicação objetiva ou subjetiva.

No *tópico 2.2.* serão expostas duas categorias de erro médico: de diagnóstico e de tratamento. Aqui, em particular, optou-se por duas grandes classificações, tendo em vista que extrapolaria os limites do trabalho a análise, por exemplo, de cada conduta

possível dentro da relação médico-paciente. Ainda assim, crê-se que a divisão é suficiente para a correta compreensão dos pontos que se seguem.

Encerra-se, com esses dois tópicos, a análise de Direito Material. Os pontos abordados possibilitam a compreensão das questões processuais dos tópicos seguintes.

Adentrando à segunda parte do trabalho, destaca-se que se seguiu com semelhante divisão.

A segunda parte é composta por dois tópicos, sendo o primeiro destinado à análise de questões probatórias e de convencimento judicial, e o segundo destinado à apresentação de conceitos e de possíveis soluções ao problema da vinculação do juízo a determinadas provas nas ações indenizatórias por alegado erro médico. Ambos, vale ressaltar, conforme metodologia utilizada na primeira parte, são preenchidos por subtópicos que visam facilitar a compreensão do tema.

No tópico 3.1. serão abordadas classificações processuais de prova, extraídas da doutrina, apontando critérios objetivos e subjetivos da prova, e introduzindo o impacto de tais questões no convencimento judicial, ou seja, no momento da tomada de decisão. O tópico 3.2., então, complementando o tópico anterior, analisa os sistemas do convencimento judicial, os que já foram utilizados e o que, atualmente, é utilizado em nosso sistema jurídico.

Estes dois tópicos são de grande importância para o *tópico 4* do trabalho, merecendo atenção do leitor. Isto porque, aborda-se nesses tópicos iniciais a noções gerais de prova e de convencimento, analisando sistemas de formação da decisão judicial, meios de prova e dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

O tópico 3.3. se dedica a analisar uma das principais provas no âmbito das ações relativas ao erro médico: a prova pericial. Ressalta-se, nesse ponto, a relevância do perito diante da complexidade das ações e da falta de conhecimento técnico por parte do juízo.

Serão analisadas, também, questões de consideração do laudo, da qualidade do trabalho pericial e da possibilidade de realização de nova perícia.

O último tópico se dedica a uma pretensão desta monografia no sentido de apresentar um conceito de *prova técnica* com objetivo de vincular o juízo a determinadas questões, sem, contudo, engessar a atividade jurisdicional.

Por óbvio, tratando-se da apresentação de novo conceito, o tópico estará aberto a considerações dos avaliadores e de eventuais leitores curiosos, tudo com o objetivo de tornar o processo judicial mais justo no caminho da apresentação de uma tutela efetiva aos jurisdicionados.

A importância do tema se mostra flagrante quando se constata o expressivo crescimento das ações judiciais por alegado erro médico. Este fato, relacionado à mudança de natureza da relação médico-paciente e ao próprio crescimento populacional e urbanização da sociedade, exige maior atenção dos juristas, principalmente para que se busquem soluções à resolução de conflitos que, como esses, possuem expressiva complexidade.

Não há sequer dúvida de que nossos Tribunais não estão preparados para analisar esses casos. Ressalta-se que não se trata de uma crítica institucional, muito menos um questionamento do saber jurídico dos órgãos compositores do Poder Judiciário, e sim de uma óbvia limitação do conhecimento do magistrado enquanto indivíduo.

É inviável se exigir o conhecimento técnico para toda e qualquer demanda levada ao Poder Judiciário e, em razão disso, cabe aos juristas, por meio de um esforço coletivo e colaborativo, apresentar soluções possíveis de aplicação prática, inclusive de possíveis alterações legislativas, com único e exclusivo objetivo de melhorar a prestação jurisdicional.

Sendo assim, realizada a breve introdução da monografia, iniciar-se-á pela análise da flexibilidade do instituto da responsabilidade civil frente às mudanças sociais e das relações jurídicas em sociedade.

## 1. INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES

### PRELIMINARES.

O instituto da responsabilidade civil está relacionado à prática de determinado ato jurídico (ação e omissão)<sup>1</sup> e às noções de restituição, ressarcimento, reparação e punição<sup>2</sup>. A matéria está em constante evolução, sofreu<sup>3</sup>, sofre e sofrerá modificações, com objetivo de ser adaptada às novas realidades.

José de Aguiar Dias destacava a importância da flexibilidade do instituto em comento, no sentido de se adaptar e de se transformar junto com a sociedade, como forma de possibilitar que, a qualquer tempo, se apresentem respostas aos problemas que decorrem da vida em sociedade<sup>4</sup>.

Neste contexto, a aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil sofreu mudanças significativas e foi alvo dos mais intensos debates. Tais modificações ocorreram não só no que diz respeito às questões de Direito Material, mas, também, às questões de Direito Processual.

---

<sup>1</sup> “A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 2)

<sup>2</sup> “Especificamente, no setor da responsabilidade civil há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra. Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. Certamente há uma função preventiva subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil. / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto. – 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 62)

<sup>3</sup> “O sistema de responsabilidade civil estabeleceu-se, historicamente, com base em três fundamentos: a culpa, o dano, e o nexa causal. Dessa forma, para que surgisse a obrigação de indenizar, tornava-se indispensável para a vítima, além de demonstrar a existência do dano, provar a culpa do agente e a existência do nexa de causalidade entre o dano e o ato (comissivo ou omissivo) deste.” (CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil [livro eletrônico]. – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção o novo processo civil/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

<sup>4</sup> “(...) é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolue a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”. (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. – 11 ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.)

O debate da responsabilidade do médico está assentado, em menor ou maior medida, na diferenciação entre a sua natureza contratual ou extracontratual, na aplicação da responsabilidade objetiva ou subjetiva e na caracterização de obrigações de meio ou de resultado.

Faz-se necessário, diante desses debates, introduzir os referidos conceitos para que se dê sequência no trabalho e para que se possa adentrar, de forma mais detida, à nuances da responsabilidade do profissional.

### **1.1. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.**

O debate acerca da dicotomia entre a natureza da relação jurídica e o seu reflexo no instituto da responsabilidade civil já vem de *longa data*.

Sob a óptica do Código Civil, exige-se, ainda, a distinção, tendo em vista que a responsabilidade contratual está vinculada ao Art. 389<sup>5</sup> e a responsabilidade extracontratual está vinculada aos Arts. 186<sup>6</sup>, 187<sup>7</sup> e 188<sup>8</sup> e, ainda, aos Arts. 927<sup>9</sup> e seguintes.

Vale destacar que a distinção já vem sendo alvo de debate pela doutrina, sustentando certa irrelevância prática<sup>10</sup>. Entretanto, o diploma civil segue se valendo de ambos os conceitos – questão que já apresente mudanças no Código de Defesa do Consumidor –, motivo pelo qual uma breve exposição dos conceitos se faz necessária.

---

<sup>5</sup> Código Civil de 2002. Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>6</sup> Código Civil de 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>7</sup> Código Civil de 2002. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>8</sup> Código Civil de 2002. Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

<sup>9</sup> Código Civil de 2002. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>10</sup> “Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes consequências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contrato social (Prof. Clóvis do Couto e Silva, *Principes Fundamentaux de la responsabilité civile en Droit Brésilien et Comparé*, p.9). Caminha-se, pois, para a unificação do sistema. Porém, enquanto não houve a adaptação legal a esses novos princípios, devemos admitir, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário.” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. – Revista dos Tribunais, 718/1995. pp. 509/510)

Com relação à natureza contratual, ter-se-ia a configuração do inadimplemento em face do descumprimento de um dever jurídico “*qualificado pela preexistência de relação obrigacional*”, ou seja, se condiciona o dever reparatório a uma prévia relação jurídica estabelecida. Há, nesse contexto, uma alteração no “*conteúdo do vínculo*”, substituindo-se aquela prestação de origem por uma obrigação de indenizar frente ao não cumprimento do que havia sido pactuado<sup>11</sup>.

Em outra ponta, a responsabilidade civil extracontratual teria a caracterização do inadimplemento quando se descumprir “*um dever genérico e universal de não causar danos*”, ou seja, não se exige a existência de uma prévia relação jurídica. Não se viola, portanto, um pacto estabelecido pela autonomia privada e sim uma noção geral de cuidado, um dever cujo cumprimento é esperado simplesmente por se viver em sociedade<sup>12</sup>.

A distinção, embora seja digna de sobrevivência em debates da academia, não parece ter espaço na discussão da responsabilidade do médico.

Nesse sentido, Gerson Branco, já em 1996 e sob o manto do Código de Defesa do Consumidor, apontou a inutilidade do debate ao tema específico, sustentando que “*praticamente toda a doutrina*” afirma pela contratualidade da relação médico-paciente. Ademais, salientou que “*sendo conteúdo da prestação do médico um agir diligentemente, dentro de determinados padrões técnicos, e não a obtenção de determinado resultado, a prova do dano não poderá ser feita pela comprovação de um resultado insatisfatório, no caso de um agravamento de problema de saúde ou até a morte*”, tendo em vista que isso foge das possibilidades do médico e, portanto, caberá, necessariamente, a análise da conduta do profissional para que seja configurado o inadimplemento e/ou a violação de determinado bem jurídico<sup>13</sup>.

Sendo assim, observada a irrelevância da aplicação prática da distinção dos conceitos, considerar-se-á, neste trabalho, a responsabilidade do médico como sendo de natureza contratual, vinculada, pois, ao cumprimento de deveres atinentes à profissão – que mais adiante serão devidamente trabalhados. Maior relevância prática, neste

---

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil. / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto. – 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 84.

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit., pp. 84/ 85.

<sup>13</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. – Revista dos Tribunais, n.º 733/1996. pp. 550/ 551.

contexto, será abordada no tópico seguinte, distinguindo-se a responsabilidade objetiva e subjetiva, e determinando a aplicação no caso do profissional da Medicina.

## 1.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA OBRIGAÇÃO DO PROFISSIONAL

Neste ponto é que o debate se torna mais acalorado, discutindo-se a aplicação da responsabilidade subjetiva “pura” ou da chamada responsabilidade subjetiva com “*presunção de culpa*” quanto à distinção – realizada por juristas – entre os “procedimentos *lato sensu*” e os chamados “procedimentos estéticos”<sup>14</sup>. Desde já, portanto, importante frisar a inexistência de consenso e a necessidade de se posicionar.

Há quem sustente em casos de procedimentos estéticos, por exemplo, a responsabilidade subjetiva com *presunção de culpa* e defende a existência de obrigação de resultado<sup>15 16 17</sup>.

Ainda que muito se respeite opiniões diversas, não há como se concordar com a atribuição do *status* de culpa presumida, muito menos se cogitar da fixação de obrigação de resultado ao profissional da medicina<sup>18</sup>. Tal entendimento, então, com a devida vênia, demonstra-se equivocado.

---

<sup>14</sup> “Há uma corrente que norteia o entendimento de que a obrigação na cirurgia estética deve ser considerada de resultado e, portanto, aplicável a teoria subjetiva, mas com culpa presumida e, por conseguinte, com a inversão do ônus da prova. (...) Outra corrente, entretanto, sustenta tratar-se de obrigação de meio, igualmente às demais especializações médicas, tendo em vista que as intervenções cirúrgicas estéticas, da mesma forma que quaisquer outras cirurgias e tratamentos médicos, são suscetíveis às mais diferentes intercorrências que independem do atuar médico”. (COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. A improcedência no suposto erro médico. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. pp. 18/19)

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo “A responsabilidade dos médicos, cirurgiões plásticos e cirurgiões-dentistas”, tópico 14. VERSÃO DIGITAL.

<sup>16</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo VII “Classificação das obrigações”, tópico 3.4.2. VERSÃO DIGITAL.

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Capítulo 18 “Responsabilidade profissional: responsabilidade médica e odontológica”, tópico 18.5. VERSÃO DIGITAL.

<sup>18</sup> “Primeiramente, impõe-se situar a responsabilidade civil do médico, como do tipo de responsabilidade contratual. Muito já se discutiu na doutrina, com reflexos na jurisprudência dos tribunais, sobre a responsabilidade do profissional da medicina seria contratual ou extracontratual. Hoje não mais pairam dúvidas a respeito dessa responsabilidade. A despeito desse entendimento, que se rigorosamente aplicado levaria à conclusão de que haveria inexecução de uma obrigação, se o médico não obtivesse a cura em seu paciente, ou se os recursos empregados não satisfizessem, decorrendo daí o dever de indenizar todas as vezes que o doente não ficasse curado, posicionou-se contrariamente a tal entender Aguiar Dias, em clássica obra, respaldado na doutrina francesa. No sentir de insigne civilista pátrio, posto admita que a

Em primeiro lugar, porque não encontra suporte técnico na ciência médica, desconsiderando a complexidade do corpo humano e a peculiaridade de cada indivíduo. Não há como garantir, ao menos não de forma séria e científica<sup>19</sup>, determinado resultado diante das inúmeras variáveis inseridas na aplicação e na atividade da medicina.

Ruy Rosado de Aguiar Junior<sup>20</sup> há muito já se pronunciara firmemente quanto ao equívoco de diferenciar as espécies de procedimentos médicos, tendo em vista que a medicina é, como campo de conhecimento e de profissão, extremamente complexa, sendo impossível a garantia de que dois indivíduos reajam da mesma forma a um mesmo tratamento.

Não haveria, pois, como realizar uma presunção de culpa do profissional ou lhe onerar com uma obrigação de resultado<sup>21 22</sup>.

---

responsabilidade médica seja contratual, a mesma “não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir culpa”. Com efeito, a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, e no caso do médico não o é. Assim se tem entendido porque, via de regra, o médico no desempenho de suas funções não tem comprometido em determinado resultado, mas apenas exige-se-lhe que se conduza de certa forma. No caso do médico, especificamente, não há o compromisso de curar, mas tão-somente o de proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão. Resta desse entendimento, que para o paciente a vantagem é limitada para obter indenizações médicas, pois, ao contratar Gomeste, o paciente não obtém o compromisso de, ao final do tratamento/cirurgia, ficar, curado do mal que lhe aflige. E se não o fica, não pode vir a imputar ao médico a pecha de inadimplente. Desta forma, a obrigação médica é de meio, e não de resultado, o que difere basicamente, sua responsabilidade das demais contratuais, mesmo que pertença no modelo jurídico a esta espécie. O que se exige do médico é a prestação de serviços conscienciosos, atentos, zelosos, a utilização de recursos e métodos adequados, e salvo circunstâncias excepcionalíssimas, de agir conforme as aquisições da ciência.” (SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais. vol. 674/1991. pp. 57/62. 1991)

<sup>19</sup> Importante que se comente o crescente número de notícias quanto a procedimentos “estéticos” de “baixa complexidade” que, diante de tamanha falta de informação, estão sendo realizados em ambientes sem qualquer estrutura. Cria-se, e os juristas possuem parte da responsabilidade, um ideal de que os procedimentos são simplificados, que os resultados são garantidos, que intercorrências não ocorrerão, e, ao fim, viram notícias tristes de sequelas irreparáveis e de óbito de pacientes. Medicina não é brincadeira e não deve ficar sujeita a elaborações jurídicas acadêmicas. O assunto deve ser tratado com a seriedade que lhe é inerente, bem como deve ser analisado de forma técnica, com amparo na ciência. Não se pode desconsiderar o impacto que decisões judiciais produzem na vida em sociedade, a chancela do Poder Judiciário, em tese, produz segurança, ainda que de forma aparente.

<sup>20</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. – Revista dos Tribunais, 718/1995. pp. 518/519.

<sup>21</sup> “Por outro lado, é preciso sempre lembrar que nem tudo está sob o controle do médico, por mais diligente que seja. É possível, por exemplo, que em procedimento cirúrgico ocorra para cardíaca que não esteja, em absoluto, relacionada à ação negligente dos médicos. Não se controlam todas as reações e comportamentos do corpo humano. É possível, por exemplo, que a paciente, mesmo após a laqueadura de trompas, volte a engravidar (em decorrência, digamos, de permeabilidade tubária que recanaliza as trompas). O que se impõe, em casos assim, é investigar se houve o devido e concreto cumprimento dos deveres de informação, esse é o ponto relevante.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto – 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 784)

<sup>22</sup> “No desempenho desta nobre função, o profissional, apesar de aplicar-se com diligência na cura do paciente, pode, por elementos externos, irresistíveis, supervenientes, imprevistos e imprevisíveis, ver surgir resultados não esperados e estranhos à terapêutica aplicada, o que indicaria a ausência de culpa do

Sustenta o jurista que a atenção deve ser direcionada ao dever de informação do médico, devendo, este, assegurar que o paciente receba todas as informações do tratamento a que será submetido, bem como tenha igual ciência dos riscos na realização de eventuais procedimentos.

Essa posição defendida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, e acolhida por outros relevantes juristas, parece ser a mais adequada à complexidade das questões técnicas relativas à medicina e evita, inclusive, a banalização de certos procedimentos cirúrgicos cuja larga realização acaba por criar no paciente uma falsa expectativa do sucesso garantido.

Fundamentando ponto de vista semelhante, Gerson Branco<sup>23</sup> diz que o médico e o advogado são chamados, em regra, a “*intervir em situações duvidosas e arriscadas*”, sendo inviável a fixação de uma obrigação de resultado, sob pena de inviabilizar o exercício das profissões. Tal posição, inclusive, pode ser defendida pela própria previsão legal disposta no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup>.

Seguindo a mesma linha, Cavalieri<sup>25</sup> sustenta que o debate de relevância para o tema deve ser posto sobre “*dois ângulos distintos*”, o da atividade pessoal e o da atividade empresarial médica, aplicando-se, assim, a lógica do Código de Defesa do Consumidor. Nesse aspecto, ter-se-ia a responsabilidade subjetiva do profissional e a responsabilidade objetiva da instituição hospitalar.

---

médico. Neste caso, a inevitabilidade do evento deve coexistir como um requisito essencial à ausência da culpa. A obrigação se evapora e o acusado se liberta todas as vezes que uma causa estranha o impedir de a prestar. São eventos naturais atos de terceiros etc. que não só não se podem absolutamente prever, mas que não podem de modo algum evitar-se, visto não haver força humana que se lhes possa opor para impedir as suas consequências danosas. É exatamente o caso fortuito ou de força maior (*vis major, damnum fatale*).” (MAGRINI, Rosana Jane. Médico. Conduta. Teoria da imprevisão. Caso Fortuito. Força maior. Nexo causal: em matéria de responsabilidade, o exame da conduta do médico deve ser aferido com flexibilidade. Revista dos Tribunais. vol. 781. pp. 118 e ss. 2000)

<sup>23</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. – Revista dos Tribunais, n.º 733/1996. p. 547.

<sup>24</sup> Código de Defesa do Consumidor. 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.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 403.

Os juristas acima mencionados acolhem, então, a ideia da existência das obrigações de meio no âmbito da atividade médica, amparadas, deve-se dizer, por deveres técnico-objetivos<sup>26</sup>.

Em segundo lugar, o entendimento se demonstra desprovido de uma utilidade prática no âmbito das ações judiciais que discutem a responsabilização do profissional por alegado erro médico.

Quanto a isto, e reiterando observação já realizada no *tópico 1.1.1*, basta que se verifique o reconhecimento, quase que unânime, da relação médico-paciente estar inserida na esfera das relações de consumo e da consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Há, portanto, instrumentos processuais que transferem o ônus de prova ao profissional e que diminuem, em muito, o campo de aplicação deste entendimento, devendo, o médico, comprovar que agiu em conformidade com os deveres e as regras técnicas da sua profissão.

Discutir, ao fim, a dependência de dolo ou culpa ou a suposta existência de um resultado garantido, tratar-se-á apenas de elaborações teóricas que não observam as situações práticas que se apresentam no dia a dia. Isto porque, ainda que se considerasse, por exemplo, a aplicação da responsabilidade objetiva em determinada situação, o caso seria resolvido por meio de questões probatórias<sup>27</sup> – até mesmo de caracterização das exceções previstas em lei<sup>28</sup> – e, por isso, os instrumentos processuais existentes acabam por reduzir, de forma expressiva, a importância da discussão.

O médico deve exercer a função com atenção, cuidado e diligência, respeitando as normas técnicas e utilizando procedimentos aceitos e recomendados pelos conselhos

---

<sup>26</sup> O médico, por óbvio, não poderá agir da forma que bem entender. Este, como profissional capacitado e regularmente apto para o desempenho da atividade, deve seguir os deveres da profissão, sendo que a violação destes deveres poderá, caso haja relação causal, caracterizar a sua culpa *lato sensu* pelos danos suportados pelo paciente.

<sup>27</sup> Quanto à disposição do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, Zelmo Denari faz apontamento que merece destaque: “Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, obra de elaboração coletiva da editora Forense Universitária, ed. cit., comentários ao art. 14, p. 124)

<sup>28</sup> Código de Defesa do Consumidor. 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.

de classe, bem como as orientações de outras organizações (públicas e privadas; nacionais e internacionais) relativas à sua profissão<sup>29</sup>.

Ainda, e de suma importância, deve corresponder à confiança nele depositada pelo paciente, mantendo o enfermo ciente da sua situação de saúde e obtendo o consentimento deste para a realização de procedimentos clínicos.

Nessa linha, adota-se, aqui, a posição firme de Ruy Rosado e de Cavalieri, não se defendendo a distinção entre os procedimentos ditos comuns e estéticos, considerando, então, a responsabilidade pessoal do médico como sendo subjetiva, vinculada, pois, a uma noção de obrigação de meio e a um rigoroso, e central, dever de informação.

Sendo assim, pautar-se-á a análise da responsabilidade civil do médico pela análise conjunta do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, bem como aos deveres indicados pela doutrina médica e jurídica. Permitir-se-á a responsabilização do profissional quando presentes: (a) conduta voluntária, classificável em imprudente, negligente ou imperita; (b) o dano; e (c) a relação de causalidade entre a conduta e o dano<sup>30 31 32</sup>.

---

<sup>29</sup> “Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francês. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. 403)

<sup>30</sup> “Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano porque o agente procedeu contra direito. Na doutrina mais recente, ao interpretar o art. 403 do Código Civil de 2002, tem-se considerado que os vocábulos “direto” e “imediato” induzem à ideia de “necessariedade” da causa para provocação do dano. Assim, surge a noção de nexa causal necessário, ou seja, a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para a fixação de responsabilidade civil”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – V. II/ Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.)

<sup>31</sup> “O nexa de causalidade constitui a relação de conexão entre dois eventos: um antecedente, ao qual se atribui a qualificação de “causa”, e outro posterior, ao qual se atribui a qualificação de “efeito” ou, no caso específico da responsabilidade civil, de dano. Não constitui, no entanto, relação de simples associação entre estes dois fenômenos; mas relação na qual um específico fato (causa) determina a sucessão de outro específico fenômeno (efeito). Os eventos “causa” e “efeito” são constituídos por dois ou mais fatos, de modo que tanto a causa pode ser composta de um ou mais eventos quanto o efeito pode ser composto de uma ou mais consequências dessa causa. A relação que se estabelece entre estes dois fenômenos é denominada nexa causal, nexa de causalidade, ou nexa etiológico. Ao contrário do fenômeno tido por “causa” e aquele tido por “efeito”, o nexa de causalidade tem por característica não ser um evento empírico observável ou perceptível. Decorre dessa sua particular natureza a sua consideração, pela doutrina, como o elemento mais complexo da responsabilidade civil. Abordar o nexa de causalidade

## 2. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, DOS DEVERES DA PROFISSÃO E DAS ESPÉCIES DE ERRO.

Inicialmente, deve-se registrar que a conduta voluntária não está associada, necessariamente, à intenção de praticar um ato que venha a causar dano. Como brevemente referido, deve ser analisada, a conduta, nos planos da imprudência<sup>33</sup>, da

---

na perspectiva da responsabilidade civil pressupõe reconhecê-lo como "liame obrigatório entre o fato (causa) e o dano (efeito)". (CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil [livro eletrônico]. – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção o novo processo civil/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

<sup>32</sup> “O que induz à responsabilidade do profissional é a demonstração de que o resultado lesivo adveio da atuação do lesante (ação ou omissão antijurídica) e como se operou o efeito ou consequência (nexo causal). Desta forma, o Juiz, na apreciação da prova, deverá considerar a existência do dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações. Ensina Aguiar Dias (Responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, p. 284) que o que se torna preciso observar é 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 aquisições da ciência. O Prof. Antônio Chaves, em festejado e genial estudo, "Responsabilidade civil do ato médico - Ato médico - Contrato de meios", publicado na RJ 207/19, que apresentou no XI Congresso da Benemérita Associação Médica Brasileira, pondera que: "O relacionamento que se estabelece entre o médico e o paciente ou pessoa dele encarregada é sui generis, de meio e não de resultado, como, com precisão, foi enquadrado pelos organizadores da temática deste congresso, no desempenho de verdadeiro ministério de serviço público, ligado como está aos altos interesses da prevenção e preservação da saúde, podendo mesmo ser frequentemente de natureza tácita, como quando socorre espontaneamente um acidentado numa rodovia". E Ulderico Pires dos Santos orienta também que: "Para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte" ( A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 361). Por isto, data venia, a conduta, e qualquer que seja o resultado, deve ser aferida com flexibilidade, até porque, contrariamente, se o médico não obtiver a cura do seu paciente, por motivos alheios à sua vontade, como, por exemplo, rejeição, deficiência física, conduta inadequada do paciente, abandono de tratamento, ou se os recursos empregados não satisfizer, implicaria o dever de indenizar toda vez que não alcançar a cura. Nada mais injurídico. Seria ignorar a inexorabilidade de nossos destinos e atribuir ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física e da morte, o que, sem nenhuma alusão a convicções religiosas, somente a Deus cabe decidir. Imperioso lembrar que, se o médico se aplica com diligência, objetivando o diagnóstico correto e a terapêutica adequada, dentro das técnicas preconizadas e disponíveis, não há cogitar de relação de causa e efeito entre a conduta do médico e eventual dano. Há ainda que se perquirir se os resultados dependem de fatores incertos e imprevisíveis e, portanto, de natureza inevitável.” (MAGRINI, Rosana Jane. Médico. Conduta. Teoria da imprevisão. Caso Fortuito. Força maior. Nexo causal: em matéria de responsabilidade, o exame da conduta do médico deve ser aferido com flexibilidade. Revista dos Tribunais. vol. 781. pp. 118 e ss. 2000)

<sup>33</sup> “Imprudente é o médico que age sem a cautela necessária, é aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez, imoderação. Pode ser caracterizada a imprudência em duas situações. 1. Transgressão de normas técnicas: todo ato médico ou cirúrgico possui uma sequência de passos que é descrita em livros técnicos, a qual o médico deve seguir fielmente para obter um bom resultado. (...)2. Ausência ou omissão de cautelas: ocorre quando o médico não usa a cautela ou cuidados normalmente exigidos para a execução de uma tarefa. Pode ser por: a) Omissão de cautelas no uso de aparelhagem (...) b) Omissão de cautelas no uso de medicamentos (...). c) Omissão de cautelas por ação (...).” (RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. Erro médico: aspectos jurídicos e médico-legal. Revista dos Tribunais. vol. 625/1987. pp. 415/419. 1987)

negligência<sup>34</sup> e da imperícia<sup>35</sup>, associando-os aos deveres atinentes à profissão médica, reconhecidos pela doutrina e pelos órgãos reguladores e de classe, bem como aos direitos dos pacientes reconhecidos nacional e internacionalmente<sup>36</sup>.

Gerson Branco acrescenta que a avaliação do desempenho do profissional exige “parâmetros concretos”, não se trabalhando com meras hipóteses. Deve-se exigir do profissional a “*utilização da melhor técnica possível de ser executada nas condições reais que se apresentam*”.

Trata-se, então, do reconhecimento da culpa *lato sensu* na conduta do profissional, sem ela não será possível a sua responsabilização. Ato, vontade e intenção são partes da formação da conduta e que, embora possam ser ou estejam relacionados, não se confundem<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> “A falta de diligência ou negligência consiste em deixar de empregar as precauções praticadas em circunstâncias idênticas por pessoa diligente e acautelada (...).É, pois, a falta de observância dos deveres que as circunstâncias exigem, caracteriza-se pelo desleixo, indolência, inércia, desatenção. As causas mais comuns de negligência são: 1. Omissão de tratamento: nos casos de grave e iminente risco, o médico é obrigado a atender ao enfermo com a maior presteza possível (...).2. Prática ilegal por pessoal técnico: os atos médicos só podem ser praticados por profissionais da Medicina. O médico que permite que pessoal não qualificado tecnicamente, sob sua supervisão, pratique ato exclusivo de profissional de Medicina comete negligência. (...).3. Esquecimento de corpo estranho no corpo do paciente em cirurgias (...).4. Negligência de hospitais (...).” (RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. op., cit., pp. 415/419.)

<sup>35</sup> “A imperícia consiste na incapacidade, na falta de conhecimento ou habilitação para o exercício de determinado mister. Ora, de acordo com legislação citada na introdução deste trabalho, o médico pode exercer a Medicina em qualquer de seus ramos ou especialidades, bastando somente o registro do diploma e a inscrição no Conselho Regional de Medicina. Possuindo estas duas condições, não pode ser considerado como imperito, em qualquer eventualidade. (...) Perito é o indivíduo que tem a qualificação legal para exercer determinado mister. Especialista, é qualificação médica, significa uma pessoa que se consagra com particular interesse e cuidado a certo estudo.” (RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. op., cit., pp. 415/419.)

<sup>36</sup> A *American Hospital Association* elaborou em 1973, com revisão realizada em 1992, a *A Patient's Bill of Rights* (“A Carta de Direitos dos Pacientes”), em que foram destacados os direitos fundamentais dos pacientes. O documento original pode ser encontrado no sítio eletrônico da *American Patient Rights Association* (<http://www.americanpatient.org>). Em tradução livre e simplificada podem ser indicados os seguintes direitos: informação detalhada sobre o problema do doente; direito de recusar tratamento dentro do limite da lei; detalhes completos para facilitar certas tomadas de posição; discricção absoluta sobre seu tratamento; sigilo ou omissão dos registros médicos de sua doença, quando isso possa comprometer seus interesses mais diretos; não aceitação da continuidade terapêutica nos casos considerados incuráveis e de penoso sofrimento; informações completas à família, nos casos mais dramáticos, em termos que possa entender, etc.

<sup>37</sup> “Ação ou omissão é o aspecto físico, externo, objetivo da conduta, enquanto que a vontade constitui o seu aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo. Conduta voluntária é sinônimo de conduta determinada pela vontade. (...) A vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua carga de energia psíquica que impele o agente; é o impulso causal do comportamento humano. (...) O ser humano pode querer mais ou menos, pode ter maior ou menor determinação no seu querer, mas sempre haverá um mínimo de vontade em sua conduta. (...) Daí ser possível que o indivíduo, em sua conduta antissocial aja tencional ou intencionalmente.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 30)

Ruy Rosado definiu as modalidades de culpa de forma bem sucinta e de fácil compreensão: imprudência (“*agir com descuido*”), negligência (“*deixar de adotar as providências recomendadas*”), imperícia (“*descumprimento de regra técnica da profissão*”)<sup>38</sup>. Conclusão possível a partir desta conceituação é a de que a imperícia somente poderá ser aplicada ao profissional, ou seja, ao indivíduo que detinha capacidade e/ou formação técnica para agir ou deixar de agir em determinada situação. Não significa, entretanto, que a imprudência e a negligência não se apliquem aos profissionais.

Aguiar Dias<sup>39</sup>, cuja apresentação é dispensada, sustentava que o contrato médico possuía, de forma inerente, três categorias de deveres: de conselhos, de cuidados e de abstenção de abuso ou de desvio de poder. Tais categorias se mantêm até os dias de hoje, ainda que com nomenclaturas um pouco distintas e pequenas diferenças na sua decomposição.

Nesse sentido, modernamente, o professor Genival Veloso de França leciona que a análise deve ser realizada quanto aos *deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abusos*<sup>40</sup>.

Fato incontestável é que tanto Aguiar Dias – este acompanhado por Ruy Rosado e Sergio Cavalieri – quanto Genival Veloso atribuem larga relevância ao dever de informação, tal atenção permite que se diga ser, este dever, o ponto central na relação médico-paciente e fundamental para uma análise da existência de erro médico e do dever reparatório.

Dessa maneira, tem-se que o preenchimento das modalidades de culpa, e a consequente responsabilização do médico, serão realizados pela constatação da violação dos deveres atinentes à profissão, cuja abordagem será realizada, de forma mais aprofundada, no tópico seguinte deste trabalho.

---

<sup>38</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. – Revista dos Tribunais, 718/1995. p. 514.

<sup>39</sup> AGUIAR DIAS, José. Responsabilidade dos médicos. Responsabilidade civil. – Rio de Janeiro: Forense. p. 10.

<sup>40</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 249.

## **2.1. DEVERES MÉDICOS.**

Importante que sejam analisados os deveres do médico, tendo em vista que são critérios objetivos, em caso de violação, para a responsabilização do profissional. Essas violações, portanto, não serão o alvo da discussão que será proposta na segunda parte deste trabalho, justamente por se tratarem de questões objetivas da responsabilidade do profissional e que, em certa medida, não exigem um profundo conhecimento técnico, bem como não necessitam de uma profunda análise da relação de causalidade.

### **2.1.1. DEVER DE CONSELHO E DE INFORMAÇÃO.**

Como já destacado, o dever de informação é o que ganha maior atenção dos médicos, dos juristas e das normas reguladoras da atividade profissional (legais ou infralegais), acabando por ser o centro das discussões quando o “litígio médico-paciente” é enfrentado pelo Poder Judiciário.

As informações prestadas pelo médico foram sofrendo modificações tanto no seu conteúdo quanto na sua forma. Discutem-se, por exemplo, quais são as informações necessárias e quais as dispensáveis, bem como quais deverão constar no chamado Termo de Consentimento Informado.

Ao tratar do tema, Gerson Branco<sup>41</sup> realiza uma divisão do dever de informação, separando-o em um dever geral de informação e em um dever de aconselhamento. O primeiro, então, seria referente às questões atinentes a todo e qualquer contrato e estaria associado a uma fase pré-contratual, como o preço da consulta, a aceitação de convênios, as especialidades do profissional, entre outras. Já o segundo, o dever de aconselhamento, diz respeito às informações do próprio tratamento e da saúde do paciente.

Ruy Rosado<sup>42</sup>, valendo-se dos ensinamentos de Aguiar Dias, diz que é dever do médico prestar todos os esclarecimentos ao paciente quanto à sua doença, ao seu estado de saúde, às prescrições a serem seguidas, aos riscos possíveis e às demais informações que promoverão a melhora da enfermidade ou, ao menos, que impedirão o seu possível agravamento.

---

<sup>41</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. – Revista dos Tribunais, n.º 733/1996. p. 553.

<sup>42</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. – Revista dos Tribunais, 718/1995. p. 512.

Acrescenta ainda, mencionando Georges Boyer Chammard e Paul Monzein, que deve haver uma cautela e uma sensibilidade do profissional ao prestar informações diante de situações graves, devendo conciliar a necessidade de informar com a de manter a esperança do paciente.

A questão exposta por Chammard e Monzein é alvo de intenso debate entre os profissionais. Genival V. de França<sup>43</sup>, ao tratar do tema, diz que o *direito de saber a verdade* cada vez tem sido mais requisitado pelo paciente e por seus familiares, exigindo do profissional, diante dos casos graves, que seja ao mesmo tempo objetivo, sincero, bondoso, otimista e outras tantas características subjetivas do indivíduo que, não raras vezes, são contraditórias entre si.

Estes deveres de informação encontram guarida e correspondência, ao menos em grande medida, com as disposições do ordenamento jurídico pátrio<sup>44 45 46</sup> e do Conselho Federal de Medicina<sup>47 48</sup>.

Cavaliere traz um ponto de vista importante de ser destacado quanto aos efeitos práticos do dever de informar para a responsabilização do profissional e da instituição

---

<sup>43</sup> “Uma questão interessante dentro destes direitos do paciente é o de saber a verdade. Uns acham que uma total transparência nas suas relações, antes de representar um respeito à dignidade do paciente, ou um resguardo aos seus direitos, pode trazer-lhe, a longo prazo, mais danos que benefícios. (...) No entanto, o certo é que o direito de saber a verdade começa a ser mais e mais requestado, de forma insistente, por enfermos e familiares. Sabe-se que, não muito raro, os médicos mentem, ou contam meia-verdade, como forma de não perturbar emocionalmente o paciente, ou por admitirem lesar os ditames ético-morais que exigem a conveniência profissional. (...) Antes, nos casos de maior gravidade, a regra era mentir. Assim, diante de um agonizante ou incurável, a verdade poderia agravar seu estado, ou ferir uma sensibilidade num momento tão denso e grave. Agora, para muitos, tais pacientes são quase sempre sabedores da verdade, e a mudez dos médicos e parentes cria uma barreira de silêncio que os isola e maltrata ainda mais”. (FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34)

<sup>44</sup> *IV Jornada de Direito Civil*. Enunciado n.º 533: O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

<sup>45</sup> Código Civil. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>46</sup> Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

<sup>47</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009. Capítulo III - Responsabilidade Profissional. Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

<sup>48</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009. Capítulo V - Relação Com Pacientes E Familiares. 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.

hospitalar, principalmente quanto ao *risco inerente*. Diz o jurista que o exercício da medicina exige a compreensão da existência de riscos que independem da técnica e que, em muitos casos, são única e exclusivamente uma decorrência natural de determinado procedimento clínico. Sustenta que, em regra, médico e hospital não serão responsáveis por estes riscos, mas que poderão ser responsabilizados pela falta de informações a respeito destes <sup>49</sup>.

Ganha relevância, nesta perspectiva, o Termo de Consentimento Informado<sup>50</sup> como documento formal de que o médico transmitiu, de fato, as informações ao paciente. Médico e paciente realizam as suas conversas em ambientes fechados em que na maioria das vezes somente estes dois se fazem presentes, tornando-se fundamental a existência de um documento que comprove a ocorrência desta conversa e registra a prestação de fato das informações pertinentes ao caso clínico do enfermo.

Impende destacar que o profissional deve, sempre que possível, utilizar de linguagem acessível, dispensando questões de elevado grau de compreensão técnico e permitindo que o paciente, tendo compreendido corretamente a situação posta, dê o seu *consentimento esclarecido*<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> “O primeiro, risco inerente, é aquele intrinsecamente atado à própria natureza da atividade, à sua qualidade ou modo de realização, de tal forma que não se pode exercer essa atividade sem arrostar certos riscos. Embora o perigo ou risco seja elemento ligado a certas atividades, a lei não proíbe a sua realização, pelo contrário, até as estimula por serem necessárias à sociedade, como, por exemplo, os transportes de qualquer natureza, serviços públicos em geral- fornecimento de luz, gás, água, telefone -, serviços médico-hospitalares e outros tantos. (...) Toda cirurgia, até a mais simples, produz um risco inevitável, que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem certos riscos, às vezes até com efeitos colaterais, como a quimioterapia e a cirurgia em paciente idoso e de saúde fragilizada, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. pp. 188 e 411)

<sup>50</sup> Ver Recomendação n.º 1/2016 do Conselho Federal de Medicina.

<sup>51</sup> “Além disso, exige-se não só o consentimento puro e simples, mas o consentimento esclarecido. Entende-se como tal o consentimento obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma consulta, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser colhido através de uma simples assinatura ou de leitura apressada em textos minúsculos de formulários a caminho das salas de operação. Mas por meio de linguagem acessível ao seu nível de conhecimento e compreensão (princípio da informação adequada). O esclarecimento não pode ter um caráter estritamente técnico em torno de detalhes de uma enfermidade ou de uma conduta. A linguagem própria dos técnicos deve ser decodificada para o leigo, se não ele tende a interpretações duvidosas e temerárias. É correto dizer ao doente não só os resultados normais, senão ainda os riscos que determinada intervenção pode trazer, sem, contudo, a minuciosidade dos detalhes mais excepcionais. É certo que o prognóstico mais grave pode ser perfeitamente analisado e omitido em cada caso, embora não o seja à família”. (FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41)

Afinado no tema, Cavalieri ainda realiza algumas observações quanto à possibilidade de dispensa do consentimento ou da prestação de certas informações, elaborando “*três fatores*” a serem observados independentemente do caso.

(a) a circunstância em que o fato ocorreu, pois nos casos urgentes nem sempre é possível debaterem-se questões menores, como resultados de efeitos colaterais; (b) se os riscos são consideráveis ou se, estatisticamente, irrelevantes; (c) se, caso a informação fosse prestada, o paciente teria se recusado a aceitar a prestação do serviço nos moldes em que o foi<sup>52</sup>.

O professor Genival, por ser médico e ter uma maior proximidade às questões profissionais e científicas da profissão, realiza decomposição do dever de informação em três categorias: *informação ao paciente; informações sobre as condições precárias de trabalho; e informações aos outros profissionais*<sup>53</sup>.

A primeira categoria não se distingue, de forma relevante, do que já fora exposto até o momento. Vale o destaque, entretanto, no caso do paciente em estado de incapacidade, devendo ser transmitidas as informações aos seus familiares ou representante legal para deles obter o consentimento (*consentimento substituto*) para a prática dos procedimentos necessários. Também merece atenção o chamado *consentimento continuado* quando o paciente já está em tratamento e será necessária a adoção de outros meios para o seu tratamento, exigindo-se, assim, uma nova autorização.

A segunda categoria não recebe a devida atenção por boa parte da doutrina jurídica. Não gera surpresa a afirmação de que o sistema de saúde brasileiro se encontra em péssimas condições e que esta situação influencia, de forma inquestionável, o tratamento dos pacientes. Nessa linha, o professor sustenta que é dever do médico registrar a precariedade do local de trabalho, bem como, se possível, deixar de realizar

---

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 413.

<sup>53</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 249, 250 e 251.

certos procedimentos em locais do sistema de saúde que não possuam as adequadas condições de desempenhar a atividade<sup>54</sup>.

Por óbvio que esta categoria gera problemas na realidade de fato do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que o sucateamento da estrutura no país é flagrante e de notório conhecimento público. O profissional, nestes casos, fica exposto a um duplo grau de risco, pois obrigado a prestar certos atendimentos e, ainda, obrigado a observar as questões de estrutura, estando, aqui, em verdadeira “*sinuca de bico*”. Ainda, não raras vezes, o Poder Judiciário profere decisões sem a devida cautela e análise da realidade do sistema de saúde, ordenando o acolhimento ou o tratamento do paciente, mesmo diante da inexistência das devidas condições.

A terceira categoria está relacionada com a forma da prestação de informações e ao seu adequado registro. O prontuário médico<sup>55</sup> é fundamental para a análise da conduta dos profissionais responsáveis pelo paciente, devendo constar todo o “*acervo documental ordenado e conciso*” do paciente<sup>56 57</sup>.

---

<sup>54</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009. Capítulo II, Direito dos Médicos. III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição. (...) IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina. (...) V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

<sup>55</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002. Art. 1º - Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

<sup>56</sup> “Entende-se por prontuário médico não apenas o registro da anamnese do paciente, mas todo o acervo documental ordenado e conciso, referente às anotações e cuidados médicos prestados e aos documentos anexos. Consta do exame clínico do paciente com suas fichas de ocorrências e de prescrição terapêutica, dos relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia, da ficha de registro dos resultados de exames complementares e, até mesmo, das cópias de atestados e das solicitações de práticas subsidiárias de diagnóstico”. (FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 250)

<sup>57</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002. Art. 5º - Compete à Comissão de Revisão de Prontuários: I. Observar os itens que deverão constar obrigatoriamente do prontuário confeccionado em qualquer suporte, eletrônico ou papel: a. Identificação do paciente – nome completo, data de nascimento (dia, mês e ano com quatro dígitos), sexo, nome da mãe, naturalidade (indicando o município e o estado de nascimento), endereço completo (nome da via pública, número, complemento, bairro/distrito, município, estado e CEP); b. Anamnese, exame físico, exames complementares solicitados e seus respectivos resultados, hipóteses diagnósticas, diagnóstico definitivo e tratamento efetuado; c.

O professor critica a postura de alguns profissionais que entendem ser o formulário uma mera “*peça burocrática*” já que tal documento poderá ser decisivo em uma eventual demanda judicial.

Entra, aqui, o já mencionado Termo de Consentimento Informado.

A quarta categoria diz respeito à cooperação entre os profissionais da área da saúde, principalmente dentro dos grandes complexos hospitalares. Deve existir uma comunicação entre os profissionais que permita a manutenção do atendimento do paciente na ausência do profissional responsável ou, até mesmo, diante da necessidade do chamamento de especialistas em outras áreas da medicina pela apresentação de um caso de maior complexidade.

Por fim, há um dever de informação que muito pouco é observado pela doutrina e pela jurisprudência pátria que diz respeito às informações que o paciente deve passar ao profissional responsável pelo seu atendimento e tratamento. Isto porque, o médico terá como ponto de partida as questões alegadas pelo paciente (dores, sensações, grau, etc.) e, por isso, deve haver, por parte do enfermo, sinceridade no contato com o profissional<sup>58</sup>.

---

Evolução diária do paciente, com data e hora, discriminação de todos os procedimentos aos quais o mesmo foi submetido e identificação dos profissionais que os realizaram, assinados eletronicamente quando elaborados e/ou armazenados em meio eletrônico; d. Nos prontuários em suporte de papel é obrigatória a legibilidade da letra do profissional que atendeu o paciente, bem como a identificação dos profissionais prestadores do atendimento. São também obrigatórios a assinatura e o respectivo número do CRM; e, nos casos emergenciais, nos quais seja impossível a colheita de história clínica do paciente, deverá constar relato médico completo de todos os procedimentos realizados e que tenham possibilitado o diagnóstico e/ou a remoção para outra unidade. II. Assegurar a responsabilidade do preenchimento, guarda e manuseio dos prontuários, que cabem ao médico assistente, à chefia da equipe, à chefia da Clínica e à Direção técnica da unidade.

<sup>58</sup> “O direito à informação não é só um preceito ético, contido no Código de Ética Médica, art. 59, como também um preceito legal, expresso no art. 6.º, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990 - Código de Defesa do Consumidor. Nesse particular, tem sido uma questão bastante delicada, tratada com a cautela que o caso requer pelos autores que abordam o tema, saber até que ponto as informações prestadas pelo médico ao paciente podem gerar um quadro psicofísico adverso, capaz de agravar o quadro clínico daquele. Savatier apresenta uma proposta harmônica: “O médico não deve jamais tratar o doente senão como um ser humano com um princípio de razão e de liberdade. A ausência de pormenores técnicos não impede mostre sumariamente os riscos do tratamento aconselhado; a necessidade de salvaguardar o moral não deve ser superestimada em relação ao direito de saber para onde o conduzem. Em todo o caso, se considerações de ordem moral impedem de o construir cabalmente, o médico deve a verdade completa aos membros da família com autoridade sobre o doente”. Mas a relação médico/paciente não se constrói somente de deveres do médico; existem também, como é normal numa relação obrigacional bilateral, deveres do paciente para com seu médico. Estes consistem, principalmente na fase da anamnese, no fornecimento de todas as informações solicitadas pelo médico, indispensáveis para que este compreenda a sintomatologia apresentada e, a partir daí, possa formular o diagnóstico e prescrever o correspondente tratamento. O fornecimento de dados pessoais por parte do paciente é fundamental para o sucesso e a correção do tratamento a que se submeterá, adquirindo caráter obrigacional por força das graves consequências que

Não é incomum, quanto ao ponto acima, e por mais que não pareça racional, a omissão consciente do paciente a eventuais sintomas que esteja sentindo por receio de vir a descobrir estar acometido por moléstia grave.

Há de se falar, então, de uma exigência recíproca do dever de informação ao médico e ao paciente como forma de possibilitar o melhor atendimento e de minimizar a chance de riscos e de incidentes clínicos.

Como se vê, o dever de informação possui expressiva relevância e influência na análise das relações médicas, sendo que dele decorrem questões que ultrapassam a relação médico-paciente, atingindo a infraestrutura do sistema de saúde e a relação entre os demais profissionais.

### **2.1.2. DEVER DE ATUALIZAÇÃO.**

Este dever está associado à capacitação do profissional médico e consta, inclusive, na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009<sup>59</sup>.

Não basta, pois, o médico possuir a habilitação legal para o exercício da atividade, nem mesmo a realização de determinada especialização. Trata-se de um “*aprimoramento continuado*”<sup>60</sup> como forma de acompanhar o progresso da ciência e da tecnologia médica.

Essa atualização exigida do profissional acaba por ser de suma importância quando se discute a sua perícia na realização de determinado procedimento. A aplicação, por exemplo, de técnica já defasada – ainda que útil e eficaz – poderá

---

podem advir da omissão daqueles. Tão importante quanto as informações que devem ser prestadas ao médico é a disciplina do paciente em seguir as peculiaridades prescritivas inerentes ao tratamento correspondente. Noutras palavras, se o insucesso de um tratamento se debitar à falta de informações do paciente, solicitadas a este pelo médico e omitidas, não haverá a formação da culpa geradora da respectiva responsabilização. Evidente é que essas informações devem possuir relevância clínica, numa relação de excludência, de tal forma que se tivessem sido devidamente prestadas possuiriam o condão de elidir o insucesso mencionado.” (RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. Revista de Direito Privado. vol. 7/2001. p. 85/94. 2001)

<sup>59</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009. Capítulo I, Princípios Fundamentais. V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

<sup>60</sup> “Implica também o aprimoramento continuado, adquirido através dos conhecimentos mais recentes de sua profissão, no que se refere às técnicas de exame e aos meios de tratamento, seja nas publicações especializadas, nos congressos, nos cursos de especialização ou nos estágios em centro hospitalares de referência. A capacidade profissional é sempre ajuizada toda vez que se discute uma responsabilidade médica”. (FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 251)

configurar a imperícia do profissional e a sua conseqüente responsabilização à reparação do dano, ainda que não tenha sido causa exclusiva do ocorrido.

Nesse ponto, situa-se um grande debate na doutrina quanto à análise da existência do denominado “erro profissional” ou “erro de técnica” e a sua associação com a imperícia. Cavalieri traz uma definição que merece destaque: *“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”*.

O doutrinador defende com firmeza essa distinção diante da *“inelutável falibilidade humana”*, defendendo a humanidade do profissional que, como todo indivíduo, poderá cometer erros e não deve ser punido apenas por ser humano.

Carvalho Santos<sup>61</sup>, por outro lado, defendia com ainda maior vigor o exercício da atividade médica e a impossibilidade de se punir a imprecisão, a incerteza ou a imperfeição da *“arte”* da medicina.

Sustentava o insigne jurista, com apoio na doutrina francesa à época<sup>62</sup>, que os Tribunais não possuem o direito de avaliar tais questões técnicas do exercício da atividade, *“não lhes sendo lícito, tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir”*. Demonstrava-se, ainda, um defensor da ideia da aplicação da imprudência, da negligência e da imperícia aos casos relativos aos *“erros grosseiros”* cuja ocorrência compromete a reputação de qualquer profissional.

Atualmente não se admite, entretanto, a tese do referido jurista. O progresso da medicina já muito avançado não permite que seja acolhida tão somente a ideia do erro grosseiro.

Nesse contexto, observa-se a fundamental importância da atualização profissional para que se proporcione um atendimento de melhor qualidade e, também, para que gere maior segurança ao médico quando se deparar com ação judicial que questione as capacidades técnicas.

---

<sup>61</sup> CARVALHO SANTOS, M. I. Código civil brasileiro interpretado. – 7. ed., v. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. pp. 260/261.

<sup>62</sup> Impende destacar a larga influência dos juristas e médicos franceses nas questões atinentes à responsabilidade médica, bem como aos deveres da profissão e aos aspectos da “judicialização” de demandas que versam sobre erro médico.

### 2.1.3. DEVER DE VIGILÂNCIA E DE CUIDADOS.

Esses deveres estão associados ao conjunto de atos médicos praticados pelo profissional, dando-se ênfase às questões atinentes às omissões.

As enfermidades possuem uma característica de mutação, de movimento, de evolução ou de involução. Quer-se dizer, em suma, que o estado clínico do paciente não é inerte. Sendo assim, espera-se que o médico acompanhe essas mutações, seja para facilitar a melhora, seja para evitar a piora.

Nesse contexto, Genival V. de França<sup>63</sup> leciona que o médico não deve ser omissivo. Diz que essa omissão pode ser caracterizada pela inércia, pela passividade ou pelo descaso, sendo, qualquer uma dessas, inadmissíveis no desempenho da função. Poderá o médico, por exemplo, por inércia ou passividade inviabilizar um tratamento em tempo hábil e eficaz para a cura da enfermidade, bem como por descaso prescrever com letra ilegível a medicação do paciente e culminar com a aquisição errada e ingestão do remédio impróprio para o seu caso.

Outras condutas do profissional poderão acarretar com o descumprimento dos deveres de cuidado como a prescrição de medicação sem a correta e pessoal avaliação do paciente, o esquecimento de objetos no corpo do enfermo após a realização de procedimento cirúrgico, etc.

Destaca o professor que a negligência relativa ao “*abandono do paciente*” é a mais comum. Esta conduta é rechaçada pelo Conselho Federal de Medicina, sendo o médico obrigado, na eventual necessidade de se afastar do paciente, a providenciar um substituto de capacidade semelhante à sua<sup>64</sup>.

Considera-se, também, violação ao dever de vigilância o médico que deixa substituto em seu lugar de atividade que era exclusivamente sua. Aqui há de ser

---

<sup>63</sup> “O ato médico, quando avaliado na sua integridade e licitude, deve estar isento de qualquer tipo de omissão que venha a ser caracterizada por inércia, passividade ou descaso. Essa omissão tanto pode ser por abandono do paciente como por restrição do tratamento ou retardo no encaminhamento necessário”. (FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 252)

<sup>64</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009. Capítulo III – Responsabilidade Profissional. (...) Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave. Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento. Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

observado se o profissional substituto possuía capacidade e formação técnica para desempenhar a mesma função.

Em suma, constata-se que o dever de vigilância e de cuidado está atrelado à noção de um acompanhamento responsável do paciente pelo médico.

#### **2.1.4. DEVER DE ABSTENÇÃO DE ABUSO.**

Esta última classe de deveres se caracteriza pela prática de atos precipitados e inoportunos por parte do profissional. Ao se proceder com a análise e avaliação do dano decorrente de determinado ato médico é necessário que se descaracterize eventual precipitação, ato inoportuno para o momento ou insensatez por parte do profissional<sup>65</sup>.

Nesse caso, a discussão não diz respeito, necessariamente, à técnica de determinado ato. Não se questiona a execução do ato e, sim, a sua real necessidade em ter sido realizado.

Verifica-se, aqui, a realização de atos que submetem o paciente a um risco desnecessário frente à possibilidade de outros procedimentos menos arriscados. Classifica-se como abuso, também, o profissional que dispensa o auxílio de outro profissional quando flagrante a sua falta de capacitação para o tratamento do paciente.

O professor Genival refere que este dever é comprometido, muitas vezes, pela vaidade do profissional. Em alguns casos, o médico presume ser tão qualificado que realiza procedimentos de forma solitária quando precisaria de um auxiliar. Em outro, o profissional opta por *“ousar em técnicas audaciosas ou recém-criadas, sem a eficiência comprovada, abandonando uma prática convencional e segura, apenas para demonstrar uma capacidade inusitada”*<sup>66</sup>.

Exige-se do profissional uma análise da situação do paciente e das possibilidades disponíveis de intervenção, devendo, também, realizar uma ponderação prévia de benefícios e malefícios de cada uma, permitindo que tome uma decisão adequada e menos arriscada ao enfermo.

---

<sup>65</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 253.

<sup>66</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 254.

Por óbvio, a conduta adotada pelo médico deve ser julgada com base no momento em que fora tomada. Como já referido, há situações emergenciais que exigem do profissional um comportamento distinto, mais ágil e, por vezes, menos rigoroso quanto aos eventuais efeitos colaterais ou pequenas distinções entre um procedimento e outro.

## **2.2. ESPÉCIES DE ERRO MÉDICO.**

Cumprido destacar, de forma inicial, que o erro do profissional está relacionado à violação dos deveres antes abordados. A divisão, portanto, torna-se tão somente instrumento didático de exposição das questões relacionadas à responsabilidade do médico.

Dessa maneira, distinguem-se as diferentes fases de intervenção médica como forma de facilitar a análise da conduta do médico. Tradicionalmente se divide em duas fases a do diagnóstico e a do tratamento.

Nesse sentido, nada impede, por exemplo, que se constate a correção do diagnóstico e o erro do tratamento. Essa divisão acaba por ser de fundamental relevância quando há diversidade de profissionais responsáveis pelo atendimento de um único paciente.

### **2.2.1. ERRO DE DIAGNÓSTICO.**

Em regra, o diagnóstico é o primeiro momento de contato entre o paciente e o médico.

Nessa fase inicial é o momento em que o médico deve ouvir e registrar as queixas do paciente e, valendo-se da sua formação e capacidade técnica, relacionar e identificar os sintomas e as possíveis causas.

Considera-se este o momento o mais importante do atendimento já que é a partir dele que se definirão os próximos passos e, assim sendo, um erro nesta etapa possivelmente comprometerá a sequência de atos, com chances de trazer prejuízos à saúde do paciente.

Aqui também poderá ocorrer conflito entre os profissionais na eventual possibilidade de o diagnóstico ser realizado por um médico e o tratamento por outro. Tal fato está relacionado, ainda, com a grande quantidade de especializações, não existindo mais a figura do médico que realiza todos os tipos de atendimento e tratamento<sup>67</sup>.

### **2.2.2. ERRO DE TRATAMENTO.**

Como já referido, o tratamento é a fase seguinte ao diagnóstico, partindo-se, portanto, de uma prévia coleta de informações da saúde do paciente e de uma prévia conclusão quanto às causas dos sintomas alegados.

O tratamento poderá ocorrer pela prescrição de medicamentos, pela determinação de realização de procedimentos cirúrgicos e, também, pela realização de outros procedimentos alternativos e menos invasivos. Cada uma destas modalidades possui uma gama de cuidados e de possíveis problemas, fato que exige a experiência e a atenção contínua por parte do profissional.

Nesse campo, também poderão ser enquadradas as questões indiretas à conduta do profissional, como no caso das infecções.

Deve-se observar a existência de graus diferentes no erro de tratamento.

Há, por exemplo, aquelas situações que não exigem uma formação técnica para a sua constatação, sendo, exemplo clássico, o caso dos objetos esquecidos dentro do corpo do paciente após a realização do procedimento cirúrgico. Também se pode falar dos casos em que o médico deixa de observar eventuais incompatibilidades do paciente e da medicação prescrita, provocando alergias e/ou agravamento da saúde do enfermo.

Uma análise das questões de judicialização da responsabilidade do profissional permite que se constate ser esta fase a que mais enseja a promoção de ações judiciais. Isto ocorre porque em regra é após essa fase que o dano se manifesta, mesmo que o

---

<sup>67</sup> Associa-se, aqui, à figura do antigo “médico da família”. Esse acabava sendo muito comum em municípios do interior em que a disponibilidade de profissionais era pequena e, portanto, a figura se refletia, por exemplo, no médico que cuidava do familiar acometido de uma gripe e, também, daquele que tinha sofrido uma fratura óssea. Atualmente não se verifica a existência, ao menos não de forma tão comum, desses profissionais, não só pelo crescimento urbano, mas pela maior fiscalização e regulação da profissão.

tratamento tenha sido executado de forma correta, com base nas informações que estavam disponíveis, e o problema possa ter decorrido na fase de diagnóstico.

Quanto à situação acima indicada, ressalta-se que é comum, em casos de emergência, que determinado paciente seja atendido inicialmente no local do fato e, posteriormente, seja remetido a outro local. Casos frequentes são os de acidentes de trânsito ocorridos no interior em que o paciente é atendido no pequeno hospital da cidade e, após, é encaminhado a um hospital maior na capital.

### **3. QUESTÕES DE PROVA E DO LIVRE CONVENCIMENTO**

#### **JUDICIAL**

Estabelecidos os conceitos de aplicação à responsabilidade civil do médico, cabe, nesta segunda etapa, a análise do problema relativo às questões probatórias e ao livre convencimento do julgador.

É inegável a complexidade em torno das ações judiciais por alegado erro médico, tendo em vista que imersas em questões técnicas, em linguagem própria e em conceitos que, na imensa maioria das vezes, não fazem parte do dia a dia do jurista.

Ademais, não se pode descartar a carga emocional das referidas demandas e, por consequência, da potencial influência dessa carga, ainda que de forma involuntária ou não intencional, na decisão judicial.

Importante frisar, quanto à afirmativa anterior, que não se trata, de forma alguma, de uma crítica à magistratura. Em verdade, trata-se de uma constatação sobre uma característica humana que afeta até mesmo o mais profissional dos juristas.

Nesse caminho, crê-se que a primeira dificuldade nas ações de alegado erro médico está inserida no âmbito probatório.

Em primeiro lugar, a situação discutida já ocorreu. Mais do que isso, ocorreu dentro de determinadas condições cuja análise posterior do fato perde em termos de fiel reconstrução dos fatos.

Em segundo lugar, a prova do fato exige conhecimentos técnicos para a correta análise e valoração. Pela própria natureza, a presença do Perito Judicial se faz fundamental, muitas vezes decisiva<sup>68</sup>.

Relacionada com a primeira, a segunda dificuldade se acentua no momento do convencimento judicial.

O julgador, nestes casos, se vê em situação de extrema dificuldade, tendo em vista que não possui o conhecimento necessário para a correta interpretação da prova de natureza técnica e a “reconstrução fática”, por si, não se demonstra suficiente para atestar a conduta negligente, imperita ou imprudente do profissional.

Sustenta-se, no Direito Brasileiro, uma ausência de vinculação do juiz à determinada prova específica, como no caso da prova pericial. Aponta-se a existência do *livre convencimento motivado*.

O juiz, então, tem a liberdade de analisar as provas e de formar o seu próprio convencimento, estando vinculado tão somente à adequada fundamentação da decisão, devendo, esta, ser realizada por meio de um suposto raciocínio lógico.

Questiona-se, ainda que se reconheça a existência e importância do livre convencimento motivado – inclusive como forma de aproximar o julgador ao caso concreto –, qual a validade da fundamentação, diante de uma questão eminentemente técnica, quando desprovida de amparo, e suporte, técnico-científico?

Pode o julgador, nesse tipo de ação judicial, fundamentar a sua decisão em provas que não possuem a carga técnica adequada e necessária para infirmar a conduta negligente, imprudente ou imperita do médico?

É possível, então, que o julgador analise a técnica, julgue a técnica e condene a técnica, sem apresentar prova e fundamento técnicos?

Quando a questão da vinculação à prova pericial é levantada, o primeiro combate é feito por meio da alegação de que há uma “proteção” entre os profissionais.

---

<sup>68</sup> “A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. (...) 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. (...) É certo que o juiz não está adstrito à perícia, mas é certo, também, que dificilmente encontrará nos autos outras provas suficientes para responsabilizar o médico.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 404).

O próprio Cavalieri, que muito se debruçou sobre o tema específico da responsabilidade médica, sustenta esta questão do “*esprit de corps*”, da “*conspiração do silêncio*”<sup>69</sup>.

Tal alegação, de tão pequena – resguardando o merecido respeito a quem possa não concordar –, não produz efeito prático algum para a solução da questão. Isto porque, a premissa é singela, não apresenta solução ao problema e, ainda, pode ser utilizada em diversos contextos.

Ora, proteção há, também, entre magistrados. Há no desembargador que deixa de reformar decisão descabida e desarrazoada do colega de primeira instância, assim como no magistrado que decide influenciado pela experiência pessoal vivida e se utiliza da função para reprimir a situação discutida nos autos como se a sua fosse.

Verifica-se que tal alegação não resolve o problema e não apresenta uma solução adequada ao litígio. Não é possível crer que sustentar uma suposta proteção, ainda que exista em certos casos, seja suficiente para permitir que um litígio técnico seja decidido com base em provas não técnicas.

Destaca-se que a suposta vinculação à fundamentação lógica não é suficiente para garantir a adequação da decisão em casos como estes. Isto porque, há fundamentos que, embora “lógicos”<sup>70</sup>, não são aplicáveis ao caso concreto, pois as premissas não se adequam às condições em que o ato fora praticado pelo profissional.

É de extrema importância frisar que o erro de premissa afeta toda a cadeia de raciocínio, ou seja, se o juízo ampara o seu raciocínio “lógico” em uma premissa falsa – nesse caso, uma premissa que não seja técnica – toda a elaboração de argumentação se torna inútil. O resultado, por óbvio, será uma sentença injusta.

Pretende-se, então, apresentar o conceito de prova técnica, como forma de assegurar a independência do juiz e da função jurisdicional e, de outro lado, vincular a decisão a uma fundamentação técnica relativa à matéria posta em litígio.

Com isso, resguarda-se a existente possibilidade de conflito de interesse na opinião dos profissionais, mantém-se a independência do juízo e apresenta-se uma adequada solução às partes em litígio.

---

<sup>69</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 404

<sup>70</sup> Lógicos ao conhecimento comum, ao “homem médio”.

### 3.1. DAS PROVAS

É tradição expor, ao se tratar do tema de provas no processo judicial, conceitos de “prova” relativos ao Direito Processual, tendo em vista que a palavra pode assumir, e inevitavelmente assume, significados distintos no campo da ciência jurídica e no campo das demais ciências.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam que a palavra “prova” assume diferentes conotações. Nessa linha, pode significar “*os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise*” (prova documental, prova pericial, etc.), “*o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo*” (espaço de produção de prova), “*a ideia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos*” (percepção, dedução e indução) e, ainda, “*o resultado da atividade lógica do conhecimento*”<sup>71</sup>.

Humberto Theodoro Júnior, ao introduzir o tema das provas no Processo Civil, diz que “*todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (ex facto ius oritur)*”, acrescentando que, em decorrência disso, o autor, na proposição da ação, e o réu, na apresentação de sua defesa, “*hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro*”<sup>72</sup>.

Ainda separa dois conceitos de prova, um “objetivo” e outro “subjetivo”.

No sentido objetivo, a prova é vista com instrumento para “*demonstrar a existência de um fato*”. Inserem-se, aqui, os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.

Acrescenta, e resume, que a prova seria “*todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas*”.

De outro lado, o sentido subjetivo indica o “*estado psíquico*” do julgador quanto ao fato, é a certeza originada da produção dos instrumentos probatórios. Neste

---

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>72</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 896 e seguintes. **VERSÃO DIGITAL.**

caso, prova é vista como a convicção do julgador em torno do fato discutido e demonstrado.

Consolidando a distinção, Humberto Theodoro expõe que, em muitos casos, a parte produz um “*grande volume de instrumentos probatórios*” e, contudo, não faz prova. Não há prova porque não há convencimento do julgador, considerando, neste sentido, o conceito subjetivo.

O *conceito subjetivo* é alvo de críticas, ainda que de forma minoritária, por atribuir tanto peso ao estado psíquico do julgador, tendo em vista que a ausência de critério objetivo para valoração da prova e fundamentação da decisão faz com que o “convencimento” seja apenas do julgador A e não do julgador A, B ou C. Ou seja, o modelo subjetivo permite que três julgadores analisem a mesma ação e alcancem três conclusões distintas.

Vitor L. de Paula Ramos, em sua Tese de Doutorado, traz ideia interessante no que diz respeito aos conceitos acima expostos. No entanto, traz uma noção de *modelos* e não meramente de *conceitos*, apresentando a questão dentro de um contexto e não de forma isolada, decisão que parece ter sido acertada.

Sustenta que modelo subjetivo reduz a importância da qualidade do *material probatório*, tanto da sua completude quanto da sua *fiabilidade*. Isto porque, é possível formar convencimentos mesmo com conjuntos probatórios incompletos ou pouco confiáveis, sendo que a prova será ou não confiável para determinado juiz<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> “O mesmo ocorre com o juiz (ou qualquer outro julgador dos fatos) do modelo subjetivo: mesmo que se recomende a ele que julgue com prudência, que avalie a prova com racionalidade e critério, deixando-se o cerne do procedimento ao convencimento subjetivo do magistrado faz-se com que o juiz funcione como esse jurado do exemplo acima, que terá como referencial de sua escolha apenas a sua própria consciência. (...) Ainda, para este modelo, pouco importará a qualidade do material probatório, seja do ponto de vista de sua completude, seja do ponto de vista de sua fiabilidade. Afinal, sem relação com a verdade por correspondência, a completude tendencial ou a qualidade do material probatório simplesmente não são (e nem devem ser) preocupações centrais do procedimento; e plenamente possível formar convencimentos mesmo com conjuntos probatórios incompletos ou pouco confiáveis. (...) Dai, portanto, que não haja que se falar em uma prova ser ou não confiável *objetivamente*, uma vez que uma prova será ou não confiável *para determinado juiz*, sendo dele a prerrogativa de dizer quais provas podem e quais não podem o convencer. Assim, critérios ou conhecimentos científicos tornam-se despididos, pois somente o juiz terá condições de avaliar o que pode e o que não pode lhe convencer a respeito da confirmação ou não de determinada hipótese fática.” (Tese de doutorado de Vitor Lia de Paula Ramos, “Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia”. Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona. Ano: 2016. pp. 17 e 18)

Acrescenta que o modelo permite que a crença do julgador substitua a racionalidade da decisão. Aponta que a crença, como questão involuntária e amparada pela noção subjetiva da prova, leva a uma *concepção irracional da prova como resultado*, tendo em vista que a *única motivação necessária* para a decisão é, justamente, o *íntimo convencimento do juiz*, que, ao fim, *é a sua crença*<sup>74</sup>.

Por outro lado, na visão do autor, o modelo objetivo de prova tem a intenção de remover a ideia de *convencimento do juiz A ou do juiz B* do centro das atenções do procedimento probatório.

O jurista entende que, dentro do modelo objetivo, “*está provado que p*” é o mesmo que dizer que “*há elementos de juízo suficientes a favor de p*”, ou seja, não importa a crença do julgado no “*sentido X ou Y*”, pois, ao admitir que há elementos, deverá aceitar essa premissa no seu raciocínio probatório.

Volta-se, aqui, à questão do raciocínio lógico como fonte de validade da decisão.

Em questões eminentemente técnicas o julgador deverá verificar os elementos técnicos e aceitá-los, como premissa, para o seu raciocínio probatório. Não terá validade um raciocínio supostamente lógico quando o julgador deixar de estabelecer premissas técnicas vinculadas à causa.

A lógica admitida, então, não é a do homem médio desprovido do amparo técnico, mas, sim, a lógica amparada pela premissa baseada nos elementos técnicos relacionados ao litígio.

Em síntese, o “raciocínio lógico” sem amparo técnico, torna-se mera opinião. Opinião não condena ou, ao menos, não deveria. Opinião o juiz A, B e C possuem, contudo, a opinião não pode ser o sustento de uma decisão judicial.

---

<sup>74</sup> “O principal ponto a respeito desse modelo é que as crenças são “algo que nos sucede, isto é, sua ocorrência em nós é involuntária”<sup>8</sup>; alguém pode até buscar informações para formar uma crença, mas a crença em si ocorrerá de maneira involuntária<sup>9</sup> e jamais poderá ser justificada em si mesma. Alguém poderá fazer algo para acelerar sua pulsação, mas a pulsação, em si, seguirá sendo involuntária. (...) Ocorre que, se a valoração da prova feita pelo juiz terminar em um resultado “o juiz está convencido de que p” (ou, em outras palavras, o “juiz tem a crença de que p”), considerando que o fato de alguém ter uma crença não é justificável em si mesmo, a coerência do raciocínio levará “necessariamente a ter que sustentar uma concepção irracional da prova como resultado”; isso porque, neste caso, “a única motivação necessária da decisão adotada é que essa corresponda ao íntimo convencimento do juiz, que é a sua crença.” (Vitor Lia de Paula Ramos. op., cit., p. 16)

O julgador deve ter a liberdade de interpretar as provas que tem conhecimento para interpretar e pedir auxílio, reconhecendo a sua ignorância, quando não se sentir capaz de analisar, interpretar e compreender os elementos não atingidos pelo seu conhecimento<sup>75</sup>.

### 3.2. VALORAÇÃO E CONVENCIMENTO

A ampla possibilidade de produção e a correta valoração das provas são pontos fundamentais do processo judicial.

Não há que se falar em prestação de uma tutela *justa e efetiva* sem que haja uma correta valoração da prova constante nos autos. O bom conhecimento dos fatos, realizado por meio da análise atenta das provas, faz-se necessário para que o julgador forme adequadamente o seu convencimento, elabore um raciocínio jurídico coerente com o contexto apresentado e, com isso, profira a melhor sentença para o caso em conflito<sup>76 77</sup>.

---

<sup>75</sup> Para aprofundar sobre o tema da prova e da sua análise pelo julgador, indica-se o livro do Prof. Danilo Knijnik, **“Prova nos juízos cível, penal e tributário”**. A obra é extremamente técnica e imprescindível para quem pretende maior profundidade no tema e na busca por uma análise de maior objetividade da prova pelo julgador.

<sup>76</sup> “Para o bom desempenho da função jurisdicional, é inegável a importância de que o juiz bem conheça os fatos discutidos em juízo. Do contexto fático trazido aos autos pelas partes, dependerá a aplicação do direito, a solução da ação, a atuação concreta da previsão normativa. (...) Dai a importância da cognição processual, entendida como a atividade intelectual em que o juiz considera, analisa e valora as alegações e as provas produzidas pelas partes litigantes em torno das questões relevantes deduzidas no processo (DINAMARCO, 2009, p. 33-35). (...) A valoração da prova é essencial para a prestação de uma tutela jurisdicional consentânea com os fatos do processo, para a prestação de uma tutela jurisdicional que se pretenda justa e efetiva. Para que corretamente aplique o direito ao caso concreto, visando sempre a um ideal de justiça, é imprescindível uma análise acurada dos fatos através da valoração da prova. (...) Pela valoração da prova, o juiz chega ao conhecimento do conflito e ao convencimento da existência ou da inexistência dos fatos invocados pelas partes como fundamento de suas respectivas pretensões. Formado esse convencimento, o juiz aplicará o direito, selecionando do universo de normas jurídicas aquelas pertinentes à solução do caso. Com isso, ele ditará sua sentença, definindo o direito das partes e pronunciando as consequências daí advindas (ZINNY, 1993, p. 221-225).” (BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo código de processo civil: a relação entre prova livre e prova legal. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 155 - 179 | Fev. / 2017 | DTR\2016\25031. p. 2)

<sup>77</sup> “Do ponto de vista da atividade, a racionalidade da interpretação exige que o intérprete trilhe uma linha lógica (justificação interna) e outra linha argumentativa (justificação externa): a primeira recobre o campo da lógica e atine à ausência de contradição e à completude da justificação, ao passo que a segunda concerne ao campo da argumentação, do oferecimento de razões que sustentem as individualizações, valorações e escolhas realizadas pelo intérprete para composição dos enunciados jurídicos e das proposições fáticas que integram o silogismo judicial, com destaque para utilização de modelos metodológicos para argumentação. (...) Do ponto de vista do resultado, a racionalidade da interpretação exige coerência e universalidade. O produto da interpretação tem de ser coerente. A interpretação tem de ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras” amalgamadas por “princípios fundamentais” comuns. Tem ser ainda universalizável

No Direito Processual, historicamente, reconhece-se basicamente três sistemas relativos ao convencimento do julgador: do critério legal; do livre convencimento; e da persuasão racional (ou livre convencimento motivado)<sup>78</sup>.

O principal ponto de distinção entre um ou outro está relacionado à liberdade do julgador ao analisar e valorar as provas, bem como a sua conseqüente vinculação no momento de decidir.

O primeiro sistema é o do *critério legal*, no qual há uma automatização do julgador, que deverá seguir uma hierarquia, disposta em lei, quanto ao “peso” da prova analisada. Não há, portanto, flexibilidade ao caso concreto, tendo em vista que o próprio ordenamento atribui valor distinto para cada meio de prova<sup>79 80</sup>.

Sustenta-se, hoje, como bem pontuado por Humberto Theodoro, que o sistema do critério legal produzia tão somente uma *verdade formal*, não raras vezes desconectada da realidade dos fatos. A falta de flexibilidade deste sistema faz com que não haja uma adaptação ao caso concreto, impedindo que o processo alcance ou se aproxime ao máximo da verdade real.

De outro lado, o segundo sistema é diretamente oposto ao primeiro, prevalece a íntima convicção do juiz, sendo, este, “soberano para investigar a verdade e apreciar as provas”.

(“universalization in justification”). Como enfaticamente observa a doutrina, “there is no justification without universalization”. Em outras palavras, a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela do direitos mediante procedimento comum, volume 2/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.)

<sup>78</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 903/904. VERSÃO DIGITAL.

<sup>79</sup> “O conceito de prova legal é bem mais restrito do que o de prova dirigida, ligando-se essencialmente ao balizamento da valoração da prova, ao momento de avaliação ou valoração da eficácia probatória dos meios de prova. De antemão, a lei baliza a valoração dos fatos que servirão de fundamento à decisão, impõe ou impede a eficácia persuasiva de uma prova em certo e determinado contexto. (...) Há prova legal – em sentido positivo – quando a ordem jurídica impõe ao juiz que perfilhe certa e determinada conclusão em virtude de certo e determinado meio de prova. O conteúdo do resultado probatório é fixado em obediência a preceitos imperativos, resultando necessariamente de uma presunção legal.” (BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo código de processo civil: a relação entre prova livre e prova legal. Revista de Processo. vol. 264/2017. pp. 155/179. 2017)

<sup>80</sup> “Observe que é a lei quem estabelece o peso que cada prova tem no processo. Não é tarefa do juiz, portanto, valorar e ponderar sua convicção com base nas provas. A atividade de valoração já é estabelecida e ao julgador cabe apenas atribuir às provas o valor dado pela norma legislada. (...) Levada ao grau máximo, chegou-se inclusive a matematizar o valor do depoimento a depender do gênero e da classe social. Dessa feita, o depoimento de um homem equivalia ao de dez mulheres, por exemplo. Um nobre, v.g., tinha valor de depoimento de 20 servos. E assim por diante...” (BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. Revista de Processo. vol. 285/2018. p. 19/ 42. 2018.

Aqui, há a possibilidade do julgador se utilizar ou não das provas dos autos, podendo, inclusive, se valer de provas que não foram produzidas pelas partes.

Se de um lado o primeiro sistema era marcado pela falta de flexibilidade, o sistema da *prova livre* alcança o extremo. A eficácia da prova, neste sistema, acaba sendo estabelecida caso a caso, podendo o julgador por meio da sua razão determinar se determinada prova é válida ou não<sup>81</sup>.

O terceiro sistema é o da persuasão racional, no qual exige-se do juiz um julgamento que deve ser resultado de uma *operação lógica* amparada pelos elementos de convicção existentes nos autos do processo.

Costuma-se destacar que a adoção desse sistema pelo ordenamento jurídico brasileiro restou flagrante com a mudança legislativa do Código de Processo Civil.

O Código Civil de 1973, em seu art. 131, dispunha que o “*juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, e indicando sempre, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*”. Já o “novo” Código, trouxe, em seu art. 371, que “*o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente de quem a tenha produzido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*”.

Restou suprimida a expressão *livremente*. Entende-se que essa mudança, embora simples, tenha significado expressivo quanto à mudança dos sistemas relativos ao convencimento judicial.

Ocorre que o art. 375 do CPC/15 mantém o texto de que “*o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, bem como as regras da experiência técnica*”. Nesse primeiro trecho é que reside uma problemática relevante para as ações por alegado erro profissional, permitindo que o raciocínio comum adentre em âmbitos que não lhe são adequados.

---

<sup>81</sup> “A verdade é que o juiz, por meio do uso de seu intelecto, de forma racional ou irracional, chega a um nível de certeza em relação às provas colhidas. O que determina seu convencimento é, portanto, seu íntimo saber. Não há nem mesmo necessidade de fundamentação do produto final adquirido por sua mente. (...) Escapam desse sistema, por isso, todas as regras impostas, inclusive as de racionalidade, vez que o magistrado está isento até mesmo de fundamentar. Afinal, é seu íntimo, que muitas vezes nem obedece a critérios gerais e aferíveis, quem vai definir o nível de convicção avançado. (...) É comum dizer que as decisões sobre o fato são tomadas com base em uma persuasão interior, inescrutável e irredutivelmente subjetiva, que muitas vezes se forma na alma e não na mente do magistrado.” (BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. ob., cit., pp. 4/5)

A limitação da liberdade, supostamente, está na exigência de que a conclusão deve estar ligada à apreciação do que restou comprovado nos autos.

Esclarece-se que há uma suposta limitação já que, como brevemente indicado, não há uma vinculação técnica, problema que não se revela em demandas simples e que, por outro lado, torna-se flagrante em demandas complexas.

Em ações como as que se discute neste trabalho, uma conclusão “lógica” é possível mesmo que desprovida de qualquer amparo técnico.

É o caso, por exemplo, das intervenções cirúrgicas de urgência.

Suponha-se que um paciente chegue à emergência após ter sofrido um grave acidente de trânsito. Considere-se também que a literatura médica admita a adoção de determinado procedimento cirúrgico e aconselhe a realização do exame A, B e C antes da cirurgia.

Os exames A e B são possíveis de realização, considerando o tempo para ser realizado e para a conclusão dos resultados. Por outro lado, o exame C é demorado e pode afetar a viabilidade do procedimento cirúrgico caso seja realizado, em razão do tempo para o resultado.

Ainda, o médico sabe que o exame C não é fundamental. Sabe que as consequências da sua não realização existem, porém são baixas, e sabe que a não realização do procedimento poderá causar um dano ainda maior ao paciente.

O profissional, então, diante desse contexto, deve tomar uma decisão.

Pode-se fundamentar, depois do ocorrido, por jurista que estava distante da situação e desamparado da responsabilidade relativa à seriedade do procedimento, que o médico poderia ter realizado este ou aquele exame antes de submeter o paciente a determinado procedimento.

Isto porque, o homem médio, pela falta de conhecimento, considerará tão somente as informações que são mais simples. No caso hipotético, poderia o homem médio concluir que um exame não foi realizado e que, portanto, o médico deixou de cumprir o seu dever enquanto profissional.

Ocorre que esta fundamentação, ainda que aparente certa lógica, considera tão somente fatores isolados e desconsidera o contexto da situação.

Ora, presume-se que a realização de exames a mais poderia evitar situações de complicações clínicas.

Entretanto, certos questionamentos não podem ser ignorados sob o pretexto de um raciocínio supostamente lógico, e outros tantos, que pela falta de conhecimento sequer são observados.

A adoção destes meios era possível naquele momento? Qual era a situação clínica do paciente? O dano seria maior realizando mais exames e postergando o procedimento ou o contrário? Na hipótese de não realização de determinado exame, havia a possibilidade de, em caso de alguma complicação, o médico adotar outros procedimentos? Qual a posição da doutrina médica nestes casos, quais os estudos existentes no Brasil e fora?

É possível que alguém, sem a devida formação, responda tais questionamentos? É possível que o julgador dispense a conclusão pericial para responder, por si, a tais questionamentos? Pode o julgador, frente a ausência de vinculação à determinada prova, sustentar conclusão diversa da pericial por meio de uma prova testemunhal não técnica?

Pode acontecer, também, e já foi objeto de combate na primeira parte do presente trabalho, que se conclua de forma lógica e tecnicamente equivocada quanto aos procedimentos “estéticos”. Admite-se uma premissa equivocada de critérios subjetivos (de bom ou de ruim ou de bonito e de feio) e se viola a mais fundamental noção de complexidade do corpo humano.

Chega-se ao ponto de, então, analisar um procedimento médico com base tão somente no seu resultado e, ainda, amparado em apenas aspectos subjetivos.

Em síntese, não se crê que a persuasão racional, ou livre convencimento motivado, seja suficiente, hoje, para acompanhar a complexidade das ações judiciais apresentadas ao Poder Judiciário. Há de se ter uma mínima vinculação a determinadas provas, sob pena de se abrir espaço ao subjetivismo que não é compatível para a solução daquele litígio.

### 3.3. DA RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO

A relevância da prova pericial parece óbvia e já foi afirmada e reafirmada nas folhas anteriores deste trabalho: o julgador não possui, ou ao menos se espera que não possua, o conhecimento técnico para interpretar os fatos e as demais provas técnicas produzidas nos autos do processo<sup>82 83</sup>.

No Processo Civil parte-se de um pressuposto de que o juiz deve, preferencialmente, analisar e ter contado direto com a prova dos autos. No entanto, pela falta de conhecimento técnico, a prova pericial passa a ser um meio indireto que intermedia essa relação julgador-prova.

Desde já, deve-se apontar um fato curioso relacionado à vinculação do juízo ao trabalho elaborado pelo perito e à determinação legal de que a perícia deve ser realizada.

---

<sup>82</sup> “Reclamando a causa conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos, além da experiência comum - "onde termina o campo acessível ao homem de cultura comum ou propício às presunções judiciais, ali começa o das perícias" -, para resolver a questão facti, o juiz necessitará recorrer a um auxiliar especial: o perito. E a atividade desse auxiliar é o meio de prova disciplinado nos arts. 464 a 480 do NCP. (...) O perito é a "pessoa doutra, versada ou entendida, na ciência, arte ou ofício" no concernente aos fatos da causa. É o chamado "entendido de fato" (Sachverständiger): a pessoa que, em virtude do seu peculiar conhecimento especial, auxilia o juiz (Helfer des Richters) na apuração da veracidade das alegações das partes quanto aos fatos que originaram o litígio. O perito adquire a condição, em virtude da incumbência que recebe do órgão judiciário (inclusive no caso do art. 471) de particular em colaboração eventual com a Administração da Justiça, a teor do art. 149 – qualidade jurídica que não altera a natureza da atividade e a função probatória da opinião do experto -, ressalva feita ao caso de peritos oficiais (v.g., art. 478, caput).” (ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada) – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo 87. Prova Pericial – pg. s/n – VERSÃO DIGITAL).

<sup>83</sup> “A prova pericial é admissível quando se necessite demonstrar no processo algum fato que dependa de conhecimento especial que não seja próprio ao “juiz médio”, ou melhor, que esteja além dos conhecimentos que podem ser exigidos do homem e do juiz de cultura média. Não importa que o magistrado que está tratando da causa, em virtude de capacitação técnica individual e específica (porque é, por exemplo, formado em engenharia civil), tenha conhecimento para analisar a situação controvertida. Se a capacitação requerida por essa situação não estiver dentro dos parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, não há como se dispensar a prova pericial, ou seja, a elucidação do fato por prova em que participe um perito – nomeado pelo juiz –, e em que possam atuar assistentes técnicos indicados pelas partes, a qual deve resultar em laudo técnico-pericial, que por estas poderá ser discutido. Lembre-se que o resultado de uma prova pericial só é legítimo quando tiver sido facultado às partes participar em contraditório de sua formação. A elucidação do fato que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o direito de discutir de forma adequada a questão técnica, mediante, se for o caso, a indicação de assistentes técnicos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.)

Como bem notado por Araken de Assis, o art. 156, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, o texto se utiliza de uma *forma verbal de caráter imperativo* – “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico” – que afasta qualquer *discrição judicial*<sup>84</sup>.

De outro lado, o art. 479 do diploma processual abre a possibilidade do julgador afastar a utilização do laudo pericial, mediante fundamentação (“*indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo*”).

Ou seja, de um lado se reconhece que o julgador não possui conhecimento em todas as áreas e se determina, pois, que seja auxiliado por alguém com o conhecimento necessário que lhe falta. Por outro, se aceita que o julgador, mesmo ignorante quanto ao tema, afaste o trabalho do perito mediante fundamentação que, destaca-se, não possui qualquer restrição.

Deve-se ressaltar, desde já, que os equívocos e os problemas da prova pericial não são ignorados neste trabalho.

Não há dúvida de que a “prática do foro” permite afirmar a existência de laudos periciais mal elaborados, com pouca fundamentação, apontamentos inconclusivos e, inclusive, realizados por profissionais sem a devida qualificação para o trabalho confiado pelo juízo da causa. Além destes, há a questão, antes já indicada, do “corporativismo”, da proteção entre profissionais.

Todas estas questões, contudo, ao menos na visão deste que escreve, não são suficientes para permitir que o juízo ignore a prova pericial em ações de natureza eminentemente técnica. E mais, não se permite que ignore ainda que possua conhecimento técnico na área, tendo em vista que a prova deve ser juntada aos autos para que eventual julgamento em outra instância, com julgadores que possivelmente não possuam o mesmo conhecimento, possam julgar o processo<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada) – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo 87. Prova Pericial – pg. s/n – VERSÃO DIGITAL

<sup>85</sup> “Ademais, dentro do sistema brasileiro, toda situação controvertida pode ser levada, em tese, a dois órgãos jurisdicionais, o que arreda definitivamente a dispensa de prova pelo simples fato de o juiz, que teve contato inicial com a causa, ter conhecimento técnico especial. Ora, se um outro juiz deve analisar a situação de fato, não há como supor que essa análise possa ser feita de forma adequada, quando a questão

Crê-se na possibilidade de ser ignorado o laudo, mas não a prova pericial.

Esclarecendo o ponto, o Código de Processo Civil, já demonstrando a compreensão dos problemas, garante a possibilidade de o juízo determinar a realização de nova prova pericial quando, pelo motivo que for, entender que a anterior não seja suficiente para a formação do seu convencimento<sup>86 87 88</sup>.

Existindo tal possibilidade, garantida por lei, não se pode acolher, ao menos de forma automática, a tese de que o juízo não esteja vinculado a tal prova. Ressalta-se, novamente, que a lei garante a possibilidade de uma nova prova pericial, supõe-se, pois, a relevância do meio probatório.

Não se desconsidera que o art. 479 do CPC/15 permita a dispensa do laudo desde que o juiz indique “na sentença os motivos” pelos quais optou por dispensar. Questiona-se, em verdade, se toda e qualquer prova tem o poder de desbancar o laudo

técnica for de conhecimento apenas do primeiro julgador. Na verdade, se o conhecimento técnico que é peculiar a um juiz, mas não pertence ao comum dos julgadores, pudesse dispensar a prova pericial, estar-se-ia diante de uma hipótese de ciência privada. Enfim, não pode o magistrado valer-se de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, para dispensar a prova pericial.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.)

<sup>86</sup> Código de Processo Civil de 2015. Art. 468. O perito pode ser substituído quando: I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico; II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

<sup>87</sup> Código de Processo Civil de 2015. Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. § 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. § 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. § 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

<sup>88</sup> “Dissipadas as dúvidas no espírito do julgador quanto à veracidade da alegação de fato controvertida, uma vez proporcionados os elementos necessários à resolução da *questio facti*, a prova pericial exaure sua função precípua. Infelizmente, concebe-se a subsistência da dúvida no espírito do juiz após a leitura do laudo. Ao juiz é dado discordar do parecer do experto, motivadamente, existindo outros elementos de prova do processo (art. 479), mas tal mostrar-se-á difícil ou impossível perante a persistência da dúvida e na falta de provas subsidiárias. Em tal árdua conjuntura, relativamente rara, o art. 480 permite ao juiz ordenar a realização de nova perícia, desde que não lhe pareça “suficientemente esclarecida” a matéria. (...) A renovação da perícia interessa à parte a quem o laudo não favorece no todo ou em parte. Não se concede à parte desfavorecida, malgrado sua inconformidade, o direito subjetivo a uma segunda opinião. A segunda opinião é comum em terminadas áreas (v.g., médica) na esfera privada. E tem bases sólidas. Existem divergências inconciliáveis em muitos pontos em que a técnica, a ciência e a arte não oferecem respostas unívocas e maduras. E, ademais, o perito é humanamente falível, risco que aumenta consoante o gabarito da pessoa nomeada pelo juiz. Forçoso reconhecer que os melhores expertos trabalham nos seus laboratórios, financiados por grupos empresariais, e não se habilitam no cadastro do art. 156, § 1.º, oferecendo seus préstimos. Precisam ser localizados e persuadidos a abandonar por algum tempo sua rotina de pesquisa empresarial e acadêmica. O art. 480, caput, coloca ênfase no convencimento judicial. O critério subjetivo impera e, aparentemente, nenhum dado objetivo erige-se em requisito à renovação da perícia. Em suma: a renovação entra no rol da “discrição” do juiz.” (ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada) – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo 87. Prova Pericial – pg. s/n – VERSÃO DIGITAL)

pericial ou, ainda, se o fundamento supostamente racional e lógico, ainda que desamparado das indicações técnicas necessárias, possui este poder<sup>89 90</sup>.

Nesse sentido, o que se acredita é que, se o laudo for inconclusivo, que se determinem os esclarecimentos necessários. E se, ainda assim, o Perito não cumprir com o trabalho e não providenciar os esclarecimentos determinados pelo juízo ou solicitados pelas partes, que seja afastado e que seja nomeado novo profissional.

Entra, nesse contexto, o importante papel das partes, do combate da argumentação, da defesa de posições devidamente fundamentadas.

Cumpre salientar que as partes poderão ser assistidas pelos profissionais de sua confiança. Tal possibilidade é de suma importância para a discussão posta nos autos, permitindo que sejam acrescidos fundamentos técnicos para a formação do Convencimento Judicial.

Haverá situações em que nos autos constarão três laudos técnicos: o do perito do Juízo, o do assistente do autor e o do assistente do réu. Poderá, também, ocorrer situação em que os três laudos apontem conclusões distintas, cabendo ao magistrado, nesses casos, avaliar a base técnica de cada um para, ao fim, optar por aquele que se demonstrar mais completo e com maior apoio da literatura competente ao caso.

---

<sup>89</sup> “Em certa ocasião, o STJ enfrentou o problema e deu-lhe solução inconsistente. Rejeitou o exame de DNA, cientificamente aceito e cujos resultados conferem, senão a certeza absoluta, que é impossível ser alcançada aqui como alhures, índice de plausibilidade acima de 99%,399 substituindo-o por outros elementos para constituir a paternidade de filho nascido fora do casamento: a prova testemunhal, o exame hematológico (que só exclui a paternidade), a vida em comum ao tempo da concepção e a ausência de alegação da *exceptio plurium concubentium*. Pois bem. A paternidade biológica não é a única a ser reconhecida em juízo. O juiz considera, além do dado científico, outras "verdades" - a humana, a efetiva, a social... Ora, os elementos de que se serviu o STJ, no caso, atestam ou podem atestar a paternidade afetiva. São insuficientes, porém, para afirmar que o réu é biologicamente pai do autor. A tal ponto não pode chegar o órgão judiciário, sob pena de decisão arbitrária e irracional. (...) Aqui se sustenta que o juiz só pode desprezar (motivadamente) o laudo pericial fundado em prova que o habilite a proferir juízo técnico, científico ou artístico de igual natureza, mas sentido diferente ao do experto (v.g., o parecer do assistente técnico; novo laudo).” (ASSIS, Araken de. ob., cit.)

<sup>90</sup> “Pertinente a observação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira no sentido de que a ideia de íntima convicção, ainda que positiva, pode gerar o efeito nefasto de transformar a valoração das provas em um ato incontrolável. Há de se “domesticar o poder”. O autor é enfático: “O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo a ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão tomada e impedir, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.” (AVELINO, Murilo Teixeira. O juiz e a prova pericial no novo código de processo civil. Revista de Processo. vol. 242/2015. pp. 69/89. 2015)

Note-se que há infinita distinção de quando o juiz opta entre um de três documentos técnicos e de quando o juiz ignora o laudo em favor de prova não-técnica.

Parece muito mais seguro para o processo que as partes tragam assistentes e que discutam a validade do laudo e a eventual necessidade de um novo trabalho pericial do que permitir que o Juízo simplesmente se abstenha de considerar a perícia. Em verdade, o “novo” Direito Processual tem apresentado, cada vez com maior força, a maior necessidade de participação das partes, inclusive removendo do juiz, o que antes sequer poderia ser questionado, o papel de único destinatário das provas <sup>91</sup>.

A perícia é importante demais para ser abandonada.

Nesse contexto, o perito não pode ser visto como inimigo do juiz, devendo haver trabalho conjunto. O perito, não há dúvidas, deve se dedicar a análise dos fatos relativos ao seu conhecimento técnico, “traduzindo-os” ao julgador. O juiz, por seu turno, em posse das informações esclarecidas pelo perito, deverá realizar os enquadramentos jurídicos que a ele lhes são impostos por prerrogativa da função.

O perito tem importante função, principalmente nas ações abordadas, de buscar estabelecer as relações de causalidades entre os fatos aduzidos pelas partes.

Há de serem distinguidas as questões de fato e as questões de direito, ainda que, em muitos casos, a tarefa seja de difícil realização<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> “Ponto nevrálgico dentro do processo é a prova, pois é através dela que o magistrado se convence a respeito dos fatos alegados, elemento indispensável à causa de pedir e, por conseguinte, à procedência ou não do pedido. A decisão, produto final da atividade jurisdicional, tendente à solução do conflito apresentado é fruto de uma atividade criativa. O juiz, ao decidir o conflito, deve fazê-lo em um ambiente de diálogo, de participação e cooperação com as partes e demais sujeitos. E tratar o processo como um ambiente dialógico é indispensável para compreender a real função das provas neste exercício: o juiz não pode mais ser visto como o único destinatário da prova. Ainda que seu destinatário imediato, as partes também dialogam entre si, tendo como destinatário da prova por si produzida também o seu adversário, pois que a prova se põe a convencer todos os sujeitos da relação processual. A inclusão do juiz no ambiente cooperativo do processo, como sujeito do contraditório, volta atenções à solução justa do litígio. O processo não deve ter por escopo resolver, mas solucionar os conflitos. O juiz adquire papel fundamental nesse fenômeno ao proporcionar e participar do diálogo processual, efetivando o contraditório, o devido processo legal, a boa-fé e a cooperação no processo. Ao mesmo tempo em que assume, no processo democrático, a posição de sujeito do contraditório, deve propiciar um ambiente de diálogo que favoreça a tomada de uma decisão justa. Tudo isso somente é possível através de um controle sobre a produção e valoração das provas produzidas.” (AVELINO, Murilo Teixeira. op., cit., pp. 69/89)

<sup>92</sup> “Moacir Amaral Santos, indiscutivelmente o processualista brasileiro que melhor examinou e desenvolveu a teoria da prova, doutrina, com a simplicidade e a segurança a ele peculiares: “A perícia versa sobre fatos. Trata-se pessoa, animal ou coisa, de vistoriar um imóvel, de arbitrar quanto ao tempo ou à quantia a despender-se com um dado serviço, ou de avaliar coisas, direitos ou obrigações; peça-se ao perito a verificação da existência ou inexistência de um fato ou de elementos que o constituem, ou peça-se seu parecer por forma a que se possa interpretar um fato ou seus elementos; ainda, solicite-se do perito

As discussões relativas ao nexo de causalidade são de suma importância para atribuição de responsabilidade do profissional e, por natureza, estão associadas justamente às questões de fato. Se o perito, ao analisar os fatos e os documentos constantes nos autos, indicar que não há relação entre a conduta praticada e as consequências aduzidas, caberá ao juízo declarar a ausência de responsabilidade – salvo se, como mais adiante será proposto, existir prova técnica de igual calibre para contrapor a opinião do perito judicial.

Sendo assim, ainda que se pretenda oferecer soluções e possibilidades ao juízo quanto à desconsideração do laudo pericial, não se poderia deixar de ressaltar a importância do trabalho pericial nas ações de alegado erro médico, como forma de

---

instrução quanto causas seqüências de um fato; a perícia, que seja, versará sobre fatos". É indubitoso que a perícia, como qualquer outra prova, diz respeito a fatos. Não ao direito. E não a quaisquer fatos, mas a fatos cujo conhecimento não está ao alcance de qualquer um. Tanto que a lei manda indeferir o Juiz a perícia quando "a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico". (...) Em outras palavras, o objeto da prova pericial é o fato natural. São as relações de causalidade. Não o fato jurídico, relações de imputação normativa. Embora o conhecimento do fato jurídico dependa de conhecimento especial científico, o especialista nesta área é o Juiz. Não o perito. As questões a esse respeito são questões jurídicas, sobre as quais o Juiz deve ter domínio completo, não lhe sendo necessária a manifestação do perito. (...) A distinção entre o fato e o seu significado jurídico em muitos casos não é observada, por falta de acuidade jurídica do observador. É possível, porém, demonstrar a distinção, de forma inequívoca, com exemplos nos quais o direito atribui a certos fatos significados particularmente distintos daqueles que os mesmos ostentam no mundo da natureza. Assim, p. ex., uma relação sexual ocorrida entre um homem com mais de vinte e um anos, e uma mulher com menos de 14 anos. Para o Direito, isto é um crime, é um estupro, mesmo que a iniciativa tenha partido da mulher. A violência, no caso, é presumida. (...) De todo modo, ainda quando não seja evidente essa diferença, ela existirá sempre. E ao jurista incumbe identificá-la, pois o que caracteriza o conhecimento especificamente jurídico é precisamente a sua aptidão para separar o mundo puramente factual, do mundo jurídico. No saber a diferença entre um fato e o seu significado no mundo do Direito é que se distingue o jurista do rábula. Examinar o fato, em suas circunstâncias simplesmente fáticas, naturais, suas relações de causalidade com outros fatos, quando tudo isto demande conhecimento técnico ou científico, é a tarefa do perito. Ao jurista, e não ao perito, incumbe a tarefa de identificar o significado jurídico dos fatos. Aquele significado que lhe é atribuído pela norma, e somente perceptível por quem conhece a norma. Um fato, "como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse acto, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa". Com efeito, a norma atribui significado jurídico aos fatos, fazendo destes fatos jurídicos. O conhecimento deste significado, que resulta da incidência da norma, é o conhecimento especificamente jurídico, e neste o especialista é o Juiz." (MACHADO, Hugo de Brito. O objeto da prova pericial. Revista dos Tribunais. vol. 690/1993. pp. 276/277. 1993)

reconhecer as limitações dos órgãos judiciários e, também, como forma de assegurar segurança jurídica ao desempenho de tão fundamental profissão<sup>93</sup>.

#### 4. A PROVA TÉCNICA COMO MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE DO CONVENCIMENTO JUDICIAL NAS DEMANDAS COMPLEXAS

Como antes ressaltado, reconhece-se os problemas relativos ao Perito e ao laudo pericial, embora acredite-se que é possível realizar um controle mais rígido quanto ao trabalho realizado e, também, fazer valer, de forma rígida, a disposição do art. 158 do Código de Processo Civil<sup>94 95</sup>.

Ou seja, é possível estabelecer e fazer valer procedimentos no sentido de tornar o laudo pericial mais confiável, e responsabilizar eventual falha de conduta do Perito, acredita-se nessa solução como mais adequada do que a simples dispensa por meio de rasos fundamentos.

Por outro lado, admite-se, também, que há de se ter uma liberdade para que o julgador analise as provas dos autos, forme o seu convencimento e profira a sentença que entenda adequada ao caso posto em litígio. Esta liberdade, porém, deve ter certo controle, sob pena de violar a mínima noção de segurança e, ao fim, inviabilizar o exercício de certas atividades, como é o caso dos profissionais da medicina.

---

<sup>93</sup> Para aprofundar sobre o tema da prova pericial, indica-se a leitura do livro do Prof<sup>o</sup>. Danilo Knijnik, **“Prova pericial e seu controle no Direito Processual Brasileiro”**.

<sup>94</sup> Art. 158. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.

<sup>95</sup> “Segundo Leonardo Greco, o perito possui os seguintes deveres: (i) aceitar o exercício da função; (ii) proceder a todos os exames e observações necessários (art. 473, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015); (iii) elaborar o laudo no prazo assinalado (art. 465 do CPC (LGL\1973\5)/2015); (iv) comparecer à presença do juiz para ser inquirido, se intimado, e responder às perguntas; e (v) ser fiel à verdade e às regras da sua ciência, da sua área de conhecimento ou da sua profissão (art. 158 do CPC (LGL\1973\5)/2015). (...) Dentre os deveres do perito figura o de veracidade. O perito que presta informações inverídicas fica sujeito a responsabilização: (i) penal, podendo ser condenado por crime de falsa perícia (art. 342 do CP (LGL\1940\2)); (ii) civil, pois ficará obrigado a ressarcir os prejuízos que causar à parte; e (iii) administrativa, consistente em inabilitação para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Além disso, o juiz que verificar a ocorrência do falso deve comunicar o fato ao órgão de classe ao qual vinculado o perito para adoção das medidas cabíveis.” (BODART, Bruno Vinicius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo. vol. 244/2015. pp. 33/57. 2015)

Diante desta necessidade de não limitar demasiadamente o juízo na formação do convencimento e, ainda assim, garantir uma decisão que respeite as questões técnicas exigidas pela causa, pretende-se apresentar uma noção de *prova técnica*, vinculando o juízo à sua observância sem, contudo, engessar a atividade do magistrado<sup>96</sup>.

O conceito, então, complementaria a disposição do art. 479 do Código de Processo Civil. Permitiria que o juiz *indicasse “na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”*, e indicasse, junto a isto, as provas técnicas que permitam a conclusão suficiente para desbancar o trabalho pericial.

O objetivo, ao fim, é determinar que o juízo profira decisões robustas, que respeitem a complexidade da matéria abordada, cuja simples indicação de “motivos”, com a devida vênica, não é capaz de fazê-las.

#### 4.1. DO GÊNERO PROVA TÉCNICA

Tratando de ações por alegado erro médico, que é o foco deste trabalho, pode-se adentrar na pretenciosa tarefa de elaborar uma noção do que venha a ser a prova técnica.

Antes, contudo, de buscar uma conceituação prática do termo, necessário que se justifique a sua escolha. A dúvida residia entre a escolha do termo “científica” ou “técnica”.

Consultando artigos escritos pela doutora Carmen Vazquez Rojas<sup>97</sup>, verificou-se uma crítica ao emprego da palavra científico(a) no sentido de, muitas vezes, refletir

---

<sup>96</sup> A ideia é o que termo possa ser utilizado não só para as ações que envolvam erro médico, sendo útil para demandas complexas que de fato exijam conhecimento fora do padrão médio. A intenção é impedir que decisões em casos complexos tenham como fundamento tão somente “os motivos” que levaram o juízo a desconsiderar eventual laudo pericial. Como forma de exemplificar, decisão recente ocorreu no Estado do Rio de Janeiro quanto aos prédios localizados em Muazema. Ainda que a Procuradoria do Município tenha apresentado laudos quanto à necessidade de demolição dos prédios, a liminar foi indeferida por uma Desembargadora do TJRJ, tendo sido adotado, como um de seus argumentos, que “a edificação de um edifício que conta com quatro andares, possuindo em cada um deles, quatro apartamentos de frente, não se faz de um dia para outro, devendo levar cerca de um ano, no mínimo, para tanto”. Sustentou-se que a Prefeitura teve tempo suficiente para embargar a obra ou tomar outras medidas necessárias. Vale frisar que a decisão não teve como objeto os prédios que desabaram, porém se refere a um prédio que se encontra em situação muito semelhante a estes. Não se pode, em casos como este, admitir que a “indicação de motivos” não esteja amparada em provas técnicas robustas, principalmente diante da alta gravidade do caso e da possibilidade de que seja evitada uma tragédia.

<sup>97</sup> Professora e pesquisadora na área de Filosofia do Direito junto à Universidade de Girona (Espanha).

uma segurança que não é verdadeira<sup>98</sup> e, também, de gerar um problema conceitual do que venha a ser de fato ciência e o que não poderia ser considerado como tal – que a autora chama de critério de demarcação entre a ciência e a não ciência<sup>99</sup>.

Optou-se, após reflexão, pela utilização do termo “técnica”. O termo se demonstra menos “pomposo” e, no entanto, transmite a ideia de segurança pretendida. Adequado, pois, para apresentação da solução que se pretende sem que se demonstre demasiadamente burocrático.

---

<sup>98</sup> “El uso honorífico que se suele hacer de “ciencia” y “cientificidad” disfraza gran parte de cuestiones tan importantes como el rol de las comunidades científicas, los diversos contextos de aplicación de la información científica, el carácter probabilístico de la ciencia, etc.; así como la posibilidad de que haya científicos incompetentes, deshonestos o simplemente equivocados. En suma, no todo, y no sólo, aquello que de una manera u otra conforma la empresa científica es fiable. (...) En mi opinión, la fiabilidad de cualquier prueba pericial debe estar constituida por información empírica respecto a si: a) Cuando se reproduce en condiciones adecuadas es posible prever que alcanzará resultados consistentes en X número de veces y, b) Se ha comprobado sólidamente que tiene la capacidad de establecer lo que pretende establecer. El juicio de fiabilidad justificaría la razonabilidad de formular inferencias con fundamento en la prueba calificada como fiable. Hay que introducir además una distinción entre medir la fiabilidad y controlar la fiabilidad, procedimientos que pueden (y generalmente, deben) llevarse por sujetos diferentes (el experto y el juez). En principio, estaremos interesados en el control de la fiabilidad de los elementos probatorios de carácter científico por parte del juez.” (VÁZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la científicidade de la prueba científica em el processo judicial. Anuario de Psicología Jurídica, vol. 24, enero-diciembre, 2014, pp. 65/73. Colegio Oficial de Psicólogos en Madrid)

<sup>99</sup> “En su versión más fuerte y tradicional, el criterio de demarcación debería permitir *incluir* aquello que es científico y *excluir* aquello que no lo es; en versiones más débiles, en cambio, debería poder permitir *incluir* aquello que es científico o bien *excluir* aquello que no lo es. En otras palabras, la versión fuerte exige un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para decidir si “x” es científico; y, en cambio, una versión débil parecería sólo exigir o bien un conjunto de condiciones necesarias o bien un conjunto de condiciones suficientes. El punto controversial aquí es que contar sólo con condiciones necesarias de científicidade no permitiría identificar con certeza aquello que *sí* es científico, aun cuando permitiera determinar aquello que ciertamente *no* es científico; lo único que podríamos afirmar es que “‘x’ podría ser científico”. (...) Qué constituye la no-ciencia tampoco es una cuestión fácil, ¿respecto de qué se está demarcando la ciencia?, ¿qué “objetos” entrarían en la categoría de la ciencia y en la categoría de la no-ciencia? Respecto a la no-ciencia, algunas veces ese ámbito es descrito como precientífico o paracientífico, pseudociencia, sentido común o incluso se llega a aludir a la metafísica o a la religión. En opinión de Haack (2007, p. 115), la categoría de la no-ciencia incluye todas las actividades humanas que no son investigación, varias formas de pseudo-investigación, investigación de carácter no empírico e investigación empírica de carácter no científico; además, existirían muchos casos límite y combinaciones entre tales actividades. Ahora, por lo que toca al calificativo “científico”, se suele atribuir a áreas del conocimiento, teorías, ideas, proposiciones, experimentos, diferentes tipos de técnicas o herramientas, ciertos tipos de prácticas o comunidades, etc. Dado que no hay un “objeto” común a todos los planteamientos y propuestas que afrontan el problema de la demarcación y dada la gran diversidad de lo que pertenece a la categoría de la no-ciencia, veremos caso a caso qué se está demarcando y respecto de qué. (...) Presupuestos como estos parecen implicar que el conocimiento científico tiene en sí mismo un estatus mayor que cualquier otro tipo de conocimientos. Bajo esta idea, afirmar que una prueba científica es fiable, válida o genuina, nada añadiría a su calificación como “científica”, puesto que la fiabilidad, validez, etc., sería ya definitoria del carácter científico de la prueba. Una vez más, nos encontramos en los problemas ya señalados em los puntos anteriores. Pero, si ya hemos aceptado los problemas de la “cientificidad”, entonces no será complicado aceptar que es sumamente engañoso establecer una relación conceptual entre “ciencia” y “fiabilidad”. La independencia del grado de fiabilidad y el carácter científico se muestra, por ejemplo, en que no todas las pruebas que se considerarían científicas tienen el mismo grado de fiabilidad. En el contexto jurídico, pensemos en las diferencias cualitativas entre las pruebas psicológicas y las pruebas de ADN, aun cuando reconozcamos su estatus científico no se le atribuye el mismo grado de fiabilidad.” (VÁZQUEZ-ROJAS, Carmen. op. cit.)

Inevitavelmente, ao tratar de ações que envolvam procedimentos médicos, adentrar-se-á em noções científicas. Não se pode deixar de observar, contudo, que há questões que não necessariamente dirão respeito a conceitos científicos. O manuseio de determinado instrumento durante a realização de procedimento cirúrgico está muito mais próximo de uma noção de “técnica” do que de uma noção de “científica”.

Crê-se, pois, que o termo técnica permite a absorção destas noções científicas, sem que haja maiores problemas. A abrangência, portanto, também amparou a escolha do referido termo.

O ponto central, quanto à utilização da prova técnica, diz respeito ao amparo desta prova em conhecimento técnico validado por outros profissionais e entidades competentes. Somente há de se falar em técnica quando acompanhada pelos pares, reconhecida como procedimento eficaz, ainda que de forma experimental<sup>100</sup>.

Técnica não necessariamente se confunde com consenso ou unanimidade. Direito e Medicina, neste sentido, muito se assemelham, pois, não sendo pertencentes ao campo das exatas, permitem, por sua própria natureza, discussão e debate, exigindo que a validade, não raras vezes, esteja associada a ideia de reconhecimento pela maioria.

Nesta linha, poder-se-ia sustentar dois grupos de provas técnicas, as documentais e as testemunhais. Há documentos técnicos e não técnicos, assim como há testemunhas qualificadas tecnicamente e testemunhas não qualificadas.

A qualificação, crê-se que não haja dúvidas, estará atrelada à área discutida junto ao Poder Judiciário no caso concreto. Qualificação pode significar qualificação acadêmica, qualificação profissional prática ou ambos, o caso é que estabelecerá o padrão e as exigências a serem observados.

Em primeiro lugar, ter-se-iam as *provas técnicas documentais*.

A Medicina, como campo acadêmico e profissional, possui quantidade expressiva de livros teóricos e procedimentais, de artigos científicos, de pesquisas empíricas consolidadas e experimentais. Há, dentro destes, documentos nacionais e internacionais, orientações de organizações relacionadas à saúde, regulamentos de

---

<sup>100</sup> Quanto a isto, necessário que se aponte, desde já, que serão feitas observações quanto à pontuação de qualidade na hora da valoração da prova técnica que envolva estudos, pesquisas, tratamentos e procedimentos experimentais.

condutas profissionais elaborados por entidades de classe, pesquisas realizadas por instituições hospitalares e acadêmicas renomadas, etc.

Há, portanto, uma imensidão de documentos, elaborados por meio de rigorosos procedimentos técnicos e científicos, que podem ser utilizados em juízo como forma de dar suporte ao julgador.

Estes documentos devem guiar o profissional quando do desempenho da sua atividade, pois fazem parte da sua formação e capacitação. Geram, por consequência, segurança ao profissional, pois, sabendo como proceder – ou como deveria proceder –, também saberá que a não observância destes padrões poderá trazer prejuízos no futuro.

Em segundo lugar, colocar-se-ia a *prova técnica testemunhal*. Vale destacar que o “segundo lugar” não está relacionado a uma hierarquia de valor entre a prova documental e a prova testemunhal, ao menos não necessariamente.

Neste conceito, seriam considerados os depoimentos de pessoas outras que possuam conhecimento técnico quanto ao tema e que poderiam auxiliar, por meio de depoimento, na compreensão do juízo quanto às questões técnicas de fato e, também, na interpretação da prova técnica documental constante nos autos do processo.

Como referido, não haveria hierarquia entre a prova técnica documental e a prova técnica testemunhal. Haveria, contudo, entre estas e as demais provas dos autos.

Ao ser realizado determinado procedimento cirúrgico, por exemplo, constata-se que literatura médica possui estudos quanto ao procedimento e que, em um ponto específico, não permita a conclusão imediata da adequação da conduta do profissional sob análise ou, até mesmo, não trate especificamente da conduta adotada.

Há uma lacuna, por exemplo, quanto à atenção dispensada pelo profissional ao seu paciente. É possível, então, considerar a conduta do profissional durante o procedimento como correta e, contudo, não ser possível de imediato apontar os reflexos da sua conduta no pós-cirúrgico e as possíveis consequências no estado clínico e na recuperação do paciente.

Nesta situação, a prova documental não permite ao julgador a formação do seu pleno convencimento e, assim sendo, terá de buscar socorro em outras provas.

Suponha-se, então, que outro profissional (perito ou assistente) tenha sido convocado a prestar depoimento e, analisando a situação, entende que os procedimentos adotados foram os adequados, inclusive teriam sido por ele adotados caso fosse submetido à situação do profissional em análise.

Ademais, entendeu que o acompanhamento do médico foi adequado, considerando a rotina da instituição hospitalar e a existência de toda uma equipe multidisciplinar que auxilia no acompanhamento do paciente.

De outro lado, entretanto, há uma testemunha, um familiar ou talvez outro profissional de formação técnica inferior (sentido não depreciativo, meramente qualificativo) que apresente testemunho diverso do que fora apresentado pelo profissional que atestou a conduta do médico analisado.

Aqui reside a análise da classificação técnica da prova e da sua consequente qualidade e fiabilidade.

Tem-se que a prova documental técnica é inconclusiva por si e, ainda, há conflito entre duas outras provas, ambas testemunhais, porém com diferença técnica. A diferença pode ser de maior ou de menor amplitude, questão a ser considerada pelo juízo.

Caberá ao julgador, então, vincular-se àquela prova que aparente a melhor técnica, que possua a melhor qualidade.

## **4.2. APLICAÇÃO DA PROVA TÉCNICA AOS CASOS DE ERRO**

### **MÉDICO**

Definido, ainda que dentro dos limites deste trabalho, o conceito de prova técnica, faz-se necessário estabelecer critérios objetivos de definição da qualidade da prova.

No âmbito da prova documental, o ponto central a ser observado é formado por três características: o reconhecimento, a aceitação e a *replicabilidade*.

Um estudo experimental, por exemplo, deve possuir uma pontuação de qualidade inferior a um estudo já consolidado, aceito pelo meio e replicado pelos pares.

A qualidade, neste sentido, não estaria relacionada ao objeto do estudo e a sua eventual aceitação futura, mas estaria associada à sua natureza inicial e embrionária, à sua falta de testes de maior amplitude e à sua aceitação por entidades e instituições da área da saúde.

O mesmo pode se dizer de uma técnica nova, que ainda é recente e de pouca aplicação prática, quando comparada a um procedimento já reconhecido, com resultados e conclusões bem definidas de benefícios e possibilidades de intercorrências.

Em síntese, uma prova documental que consiste em uma publicação isolada será inferior a uma prova documental que seja encontrada em manuais médicos, em diversos artigos científicos, em pesquisas de entidades e instituições.

Quanto à prova testemunhal técnica é possível, também, estabelecer critérios objetivos para atestar, ainda que não de forma plena, a sua qualidade ou superior qualidade a outra prova conflitante.

O julgador poderá analisar critérios objetivos, como (i) a formação acadêmica ou profissional da testemunha, (ii) a experiência na área do conflito, (iii) a eventual atuação em casos semelhantes, (iv) o seu reconhecimento entre os pares, (v) a correspondência do seu discurso com outras provas, etc<sup>101</sup>.

É de se destacar que a formação acadêmica, por exemplo, é significativa para o caso de erro médico e, por outro lado, poderá ser dispensada em um caso de problema mecânico de um automóvel.

Após a análise, o julgador determinará que uma prova se sobreponha à outra, frente à superioridade técnica, devendo vincular o seu convencimento a esta <sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> “No exame do laudo e dos pareceres técnicos, o juiz deve avaliar a autoridade científica dos respectivos autores e sua idoneidade moral, verificar a aceitação da comunidade científica dos métodos por eles usados e julgar a coerência lógica de sua argumentação, atuando, assim, como peritus peritorum.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de processo civil: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. IV. p. 228).

<sup>102</sup> “Esse método de conjecturas e de refutações, a fim de apurar o que é ou não é científico, ou a “exatidão dos resultados” do laudo pericial (art. 480, § 1.º) alimenta grave paradoxo na apreciação da prova pericial. O problema é universal. O juiz defere a prova pericial por um só motivo: não dispõe dos conhecimentos exigidos para resolver a questão de fato. Ora, as mesmas razões retiram-lhe aptidão para refutar o parecer do seu auxiliar, em especial o laudo fundado em método conhecido, e geralmente aceito, cujas conclusões sejam, à primeira vista, coerentes e cientificamente válidas. Daí a aporia do sistema. Não se cuida de reconhecer hierarquia superior à prova pericial como afirma-se açodadamente. Sobreleva-se, ao invés, habilitação para adquirir e controlar o conhecimento especial. A situação corrige-se através do contraditório das partes, apresentando subsídios probatórios idôneos a cancelar a divergência do juiz, e

Imperioso salientar que não há problema, por exemplo, da prova testemunhal técnica se sobrepor ao laudo pericial. Isto porque, o juízo de qualidade foi devidamente realizado pelo magistrado, sendo possível que a testemunha tenha maior qualidade do que o próprio Perito, observados os critérios objetivos.

Caberá à parte prejudicada apresentar fundamentos suficientes para que, eventualmente, o juízo determine uma nova prova pericial.

A aplicação do conceito de prova técnica e a consequente vinculação do julgador permite uma solução mais justa ao caso concreto nas ações complexas, servindo como complemento à vinculação do raciocínio lógico. Somente será lógico o raciocínio, para casos como esses, quando as premissas adotadas tiverem suporte técnico, caso contrário, seguirão abertas as portas da arbitrariedade, da influência pessoal, da opinião como sustento de decisões judiciais.

#### **4.3. DO CASO PRÁTICO QUE MOTIVOU A ELABORAÇÃO DESTA MONOGRAFIA** <sup>103</sup>

A necessidade da vinculação à prova técnica pode ser exposta por meio de um caso, trabalhado na prática, e que motivou a elaboração do presente trabalho.

Tratava-se de um procedimento cirúrgico envolvendo sistema nervoso/espinha dorsal (neurocirurgia) de elevada complexidade. Os riscos da realização e da não realização do procedimento eram devidamente abordados em vasta literatura médica, com grau considerável de intercorrência cirúrgicas e pós-cirúrgicas.

---

mediante o uso de outras ferramentas - por exemplo, o parecer do assistente técnico, cuja conclusão discrepa do laudo pericial, e é elemento hábil, segundo jurisprudência do STJ, à formação do convencimento do juiz (retro, 1.335.1.3). Observou-se, agudamente, que uma coisa é a tese - o juiz carece do conhecimento especial para refutar o laudo -, outra é sustentar que, no caso concreto, o juiz permaneça desprovido desse conhecimento especial. E, além disso, as máximas de experiência comum e a lógica permitem ao juiz medir, sopesar e aquilatar o raciocínio do perito. (...) Essa cômoda solução passa ao largo ponto essencial. A concordância ou a discordância motivada do juiz, conforme estabelece o art. 479, só podem fundar-se em provas que lhe forneçam o conhecimento técnico, científico, artístico ou prático adequado. A refutação do laudo exige conhecimento especial de natureza similar, e, não, elementos heterogêneos - a honesta, porém inconvincente opinião que o perito incorreu ou pode ter incorrido em erro. Esse raciocínio simplista, mas prevalecente, importa o direito de o juiz repelir o laudo arbitrária e caprichosamente. É muito pouco razoável.” (ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada) – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo 87. Prova Pericial – pg. s/n – VERSÃO DIGITAL)

<sup>103</sup> Não serão abordadas todas as questões atinentes ao processo judicial, tendo em vista a necessidade de preservar o profissional e o paciente. Além disso, o processo se encontra em grau recursal e, portanto, necessária a omissão de certas informações.

Os possíveis danos com a realização do procedimento, que independiam da própria competência do profissional (questão descrita na literatura), eram, contudo, inferiores ao da não realização do procedimento, tendo em vista que a condição era degenerativa. Sendo assim, optou-se pela realização.

O procedimento foi realizado sem a ocorrência de intercorrências atípicas, seguindo a normalidade e o que era esperado.

Entretanto, durante o pós-operatório, a paciente enfrentou intercorrências que prejudicaram a sua recuperação e que, ao fim, culminaram com a perda de movimentos da parte inferior do corpo. A paciente foi acometida por uma espécie de meningite que, em descrições de estudos e pesquisas, ocorre em 20% de casos<sup>104</sup>.

Vale destacar, antes de dar sequência no caso, que a capacitação de um neurocirurgião exige, ao menos, onze anos de estudo e prática, sendo seis anos de graduação e cinco de residência. A neurocirurgia está inserida dentro da área de maior complexidade da medicina, disputando espaço com a cirurgia estética e com a cirurgia cardiovascular.

No caso trabalhado, o profissional possuía mais de vinte anos de formação, com cursos, capacitações e pesquisas nacionais e internacionais, todos relacionados ao campo da neurocirurgia.

O caso foi levado ao Poder Judiciário, foram produzidas provas documentais técnicas (literatura médica, estudos e pesquisas empíricas relacionadas ao procedimento, documentos de organizações relacionadas à saúde, etc.), prova testemunhal técnica e não técnica e, por fim, prova pericial.

O procedimento adotado pelo profissional se demonstrou adequado e encontrou correspondência na literatura médica, os documentos hospitalares (termo de consentimento informado<sup>105</sup>, prontuários, etc.) foram devidamente preenchidos e registrados, os preparos pré-cirúrgicos foram realizados e os medicamentos necessários prescritos. O médico informou o risco? Importante mencionar isso

---

<sup>104</sup> Destaca-se que o percentual indicado, tratando-se de Medicina, é extremamente elevado.

<sup>105</sup> Por meio deste documento, o médico informou a paciente e os familiares das consequências possíveis da realização do procedimento, assim como lhe apresentou o panorama da sua não realização. Faz-se a referência, então, à primeira parte da presente monografia. O dever de informar é fundamental e, neste caso, foi cumprido e devidamente registrado.

A prova pericial, seguindo o caminho, atestou a conduta do profissional, após detida análise dos documentos da instituição hospitalar e da análise dos documentos da literatura médica.

Ao fim, contudo, a ação indenizatória foi julgada procedente.

A demanda, por óbvio, era extremamente emocional. O juízo de valor realizado, no entanto, parece ter seguido a lógica da *justiça social*.

O julgador, utilizando o depoimento de uma testemunha, que era parente da paciente, entendeu que o profissional não se “fazia presente como deveria”. Por meio de um “raciocínio lógico” (já que a legislação lhe permite tamanha liberdade), sustentou que se o médico tivesse sido mais “presente” os danos não teriam ocorrido.

Não havia, contudo, nenhuma prova técnica que indicasse a validade daquele raciocínio. Ou seja, a premissa adotada pelo magistrado fora tão somente a sua opinião, a opinião de profissional formado em Ciências Jurídicas e Sociais, sem qualquer experiência na área médica.

Condenou-se um profissional com mais de vinte anos de experiência tão somente com base na opinião do magistrado.

O processo se encontra em segunda instância aguardando julgamento do Recurso de Apelação.

Crê-se na reforma da decisão e talvez, inclusive, este seja um ponto a ser levantado, de que a instância recursal corrigiria o erro do juízo de primeira instância neste caso concreto.

Entretanto, necessário que se observe a falta de desenvolvimento do Direito Processual em termos de produção, de análise e de valoração de prova, bem como o receio de se tratar do convencimento judicial, justamente sob a justificativa da existência do duplo grau de jurisdição.

Fomenta-se a interposição de recursos em um sistema judiciário já abarrotado, com sessões que pautam mais de quinhentos processos, ao invés de se discutir e apresentar controles e soluções a atividade jurisdicional da instância inicial. Permite-se

que o juízo de origem decida como queira, pois “é possível recorrer”, ignorando-se a grave consequência ao próprio sistema.

## CONCLUSÃO

Objetivou-se, com esta monografia, a realização de uma abordagem da responsabilidade civil do médico, analisando aspectos de Direito Material e de Direito Processual. O tema é complexo e de larga amplitude, motivo pelo qual, não seria possível exaurir o assunto numa monografia de conclusão de curso.

Não há dúvida de que o tema carece de maiores debates, principalmente no que diz respeito ao convencimento judicial e às questões de valoração da prova. Verifica-se certo receio da doutrina em invadir e debater o campo da decisão judicial, restringindo-se a debates sobre formalidades.

Em verdade, confunde-se o debate da segurança e da objetividade das decisões judiciais – por meio de sistemas de vinculações – com engessamento da atividade do juiz. Isso, contudo, não é o objetivo da discussão.

O que se quer é buscar alternativas para a prestação de uma tutela justa, junto ao Poder Judiciário, frente aos casos de grande complexidade.

É necessário que se aponte que a liberdade, quando em demasia, produz efeito diverso do esperado. Nem livre demais, nem livre de menos.

As relações jurídicas, firmadas nos tempos atuais, expressam cada vez mais uma complexidade que extrapola a compreensão do indivíduo médio.

Nesse contexto, portanto, o juiz não pode estar completamente desvinculado de critérios técnicos e objetivos, e do devido suporte para analisar, compreender e decidir sobre temas e relações complexas.

O conhecimento específico acaba sendo exigido nos Tribunais e é fundamental que se apresentem soluções para estas novas dificuldades, ante a impossibilidade de que todo o julgador possua o conhecimento necessário para resolução de todo e qualquer conflito.

Compreender a limitação do conhecimento, talvez seja o primeiro passo para a nova perspectiva das ações judiciais complexas.

Conforme o destacado no corpo deste trabalho, a exigência do legislador, quanto à indicação dos “motivos”, não é suficiente para permitir que o juízo decida

demandas complexas sem o apoio em provas que correspondam e respeitem à complexidade da matéria judicializada.

Nessa linha, o que se propõe é que o julgador esteja vinculado, ao menos, a provas de caráter técnico (*prova técnica*). Propicia-se, com isso, a manutenção de certa liberdade e flexibilidade da atividade do juiz, impondo, contudo, limites que, ao fim, permitirão que a decisão judicial seja justa.

É possível que não se valha do laudo pericial? Ora, é possível. O próprio legislador processual assim o permitiu. Entretanto, a possibilidade de não se valer do laudo não pode ser sustentada única e exclusivamente nos “motivos”, nos “raciocínios lógicos”.

Há de se ter uma vinculação, sob pena de se ignorar a complexidade do caso e, ao fim, produzir insegurança jurídica e inviabilizar o exercício de certas profissões e atividades. Ressalta-se, ainda, que o completo desapego a critérios objetivos e à mínima vinculação, quando inseridos no âmbito de decisões judiciais, acaba, pouco a pouco, a produzir efeitos perversos, como o expressivo aumento do preço na prestação de serviços relativos a essas atividades profissionais.

Em mais de um momento se ressaltou a possibilidade de se apresentarem raciocínios “lógicos” que não encontram correspondência com a área discutida na ação judicial. O raciocínio “médio” nem sempre se encaixará como raciocínio correto para o caso conflituoso.

Ademais, o raciocínio médio, não raras vezes, está imerso em supostas experiências pessoais, muitas vezes distorcidas pelo envolvimento pessoal do indivíduo, que acabam por influenciar a decisão do juiz de forma equivocada, produzindo decisões que só fazem sentido para aquele julgador em específico.

Justamente nesta perspectiva de confusão de raciocínio é que a prova técnica ganha relevância.

Destaca-se que a prova técnica, para além de dar sustentação à decisão judicial, poderá servir como fonte de *premissas* para estabelecimento do raciocínio lógico do julgador. Quanto a isso, o raciocínio sem premissas robustas, torna-se descartável, inútil para a solução (correta) da lide.

As ações de erro médico exigem do juiz o afastamento das “experiências comuns”, que não podem servir como premissa.

Ressalta-se novamente, ainda que se peque pela repetição, que não há raciocínio correto quando adotadas premissas incorretas.

Seguindo nesse contexto, acredita-se que o conceito de prova técnica pode ser útil para solucionar as questões apontadas.

Ademais, o debate deve ser fundamentado, afastando-se a ideia de que se está buscando limitação da atividade jurisdicional, pois não é uma verdade. Devidamente registrado nas páginas da monografia que o juiz deve possuir liberdade, porém não pode ser de forma descontrolada.

A proposta passa longe de querer retornar aos tempos em que o juiz era *bouche de la loi*. Não cabe ao juiz apenas a leitura dos dispositivos legais, atuando de forma automática como o operário na linha de produção. A interpretação e a adaptação fazem parte da atividade jurisdicional.

Esse controle da atividade jurisdicional, contudo, deve ser exigido, sob pena de ser possibilitar demasiada liberdade, permitindo que o indivíduo se corrompa por ter o “martelo” nas mãos.

Não parecendo adequado também, como é costume ouvir, deixar tudo a cargo dos recursos e eventuais reformas das decisões pelos Tribunais de segunda instância.

O juízo de origem é fundamental para a resolução dos conflitos, é ele que está do lado das partes e das provas, que escuta e observa os envolvidos, que está mais próximo do processo. A sua atividade, em verdade, dará sustento até mesmo para novos julgamentos nas instâncias superiores.

Assim sendo, ciente de que há muito que se debater, crê-se que a discussão ser colocada em pauta já auxiliará na elaboração de solução para os problemas destacados neste trabalho. Não há que se tomar um lado, este ou aquele, e sim que se elaborem soluções processuais que permitam o bom desempenho da atividade jurisdicional com o intuito único de produzir decisões justas e segurança jurídica para as relações sociais.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGUIAR DIAS, J. BERFORD DIAS, R. Da responsabilidade civil. – 11 ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUIAR DIAS, J. Da responsabilidade civil . 2. Ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

ANTONIO AUGUSTO PIRES BRANDÃO. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. Revista de Processo. vol. 285/2018. 2018.

ARAÚJO CINTRA, A.C. Comentários ao Código de processo civil: arts. 332 a 475, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ASSIS, A. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada) – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRUNO VINÍNIUS DA RÓS BODART. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo. vol. 244/2015. 2015.

CARMEN VÁZQUEZ-ROJAS. Sobre la cientificidade de la prueba científica en el processo judicial. Anuario de Psicología Jurídica, vol. 24, enero-diciembre, 2014, pp. 65/73. Colegio Oficial de Psicólogos en Madrid.

CARVALHO SANTOS, M. I. Código civil brasileiro interpretado. – 7. ed., v. XXI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES DE FARIAS, C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F.P. Curso de direito civil: responsabilidade civil.– 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

COUTO FILHO, A.F.; FERREIRA SOUZA, A. A improcedência no suposto erro médico. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

GERSON LUIZ CARLOS BRANCO. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. – Revista dos Tribunais, n.º 733/1996.

GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo “A responsabilidade dos médicos, cirurgiões plásticos e cirurgiões-dentistas”, tópico 14. VERSÃO DIGITAL.

HUGO DE BRITO MACHADO. O objeto da prova pericial. Revista dos Tribunais. vol. 690/1993.1993.

IRINEU RAMOS FILHO. Elementos do contrato médico. Revista de Direito Privado. vol. 7/2001.2001.

KNIJNIK, DANILO. Prova nos juízos cível, penal e tributário. 1 Ed. São Paulo: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, L.G.; CRUZ ARENHAR, S.; MITIDIERO, D. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2/. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MURILO TEIXEIRA AVELINO. O juiz e a prova pericial no novo código de processo civil. Revista de Processo. vol. 242/2015. 2015.

PEDRO LÚCIO TAVARES RAMOS. Erro médico: aspectos jurídicos e médico-legal. Revista dos Tribunais. vol. 625/1987. 1987.

Ramos, Vitor Lia de Paula. Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2016. 146f. Tese doutoral- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre e Universitat de Girona, Girona. Ano: 2016.

REYNALDO ANDRADE DA SILVEIRA. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais. vol. 674/1991. 1991.

RONALDO SOUZA BORGES. O sistema misto de valoração da prova no novo código de processo civil: a relação entre prova livre e prova legal. Revista de Processo. vol. 264/2017. 2017.

ROSANA JANE MAGRINI. Médico. Conduta. Teoria da imprevisão. Caso Fortuito. Força maior. Nexo causal: em matéria de responsabilidade, o exame da conduta do médico deve ser aferido com flexibilidade. Revista dos Tribunais. vol. 781.2000.

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 718, 1995.

SALVO VENOSA, S. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Capítulo 18 “Responsabilidade profissional: responsabilidade médica e odontológica”, tópico 18.5. VERSÃO DIGITAL.

SILVA PEREIRA, C.M.; NOGUEIRA DA GAMA, G.C. Instituições de direito civil – V. II/ Atual. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

STOLZE GAGLIANO, P; PAMPLONA FILHO, R. Manual de direito civil; volume único. – São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo VII “Classificação das obrigações”, tópico 3.4.2. VERSÃO DIGITAL.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil. – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. VERSÃO DIGITAL.

THOMPSEN CARPES, A. et al. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil [livro eletrônico]. – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção o novo processo civil).

VELOSO FRANÇA, G. Direito médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.