

UNIVERSIDADE SANTO AMARO

Curso de Mestrado em Direito Médico

Tiago Santos Badin

**CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL
PROFISSIONAL DO MÉDICO: RISCOS JURÍDICOS**

São Paulo

2023

Tiago Santos Badin

**CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL
PROFISSIONAL DO MÉDICO: RISCOS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Morato

São Paulo

2023

Tiago Santos Badin

B125c Badin, Tiago Santos.

Contrato de seguro de responsabilidade civil profissional do médico: riscos jurídicos / Tiago Santos Badin. — São Paulo, 2023.

150 p.

Dissertação (Mestrado em Direito Médico) —
Universidade Santo Amaro, 2023.

Orientador: Me. Dr. Antonio Carlos Morato.

1. Responsabilidade civil. 2. Seguro profissional do médico. 3. Riscos jurídicos. I. Morato, Antonio Carlos, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

Ficha elaborada por Andréa Carvalho G. de Lima — CRB8/93040

CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DO MÉDICO: RISCOS JURÍDICOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Mestrado em Direito Médico da Universidade Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Morato

São Paulo, 19 de junho de 2.023.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antonio Carlos Morato

Profa. Dra. Roberta Cristina Paganini Toledo

Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser

Conceito Final

RESUMO

A pesquisa versou sobre a necessidade de percepção correta do médico quanto à possibilidade de que seja responsabilizado civilmente no exercício de sua profissão e que o seguro de responsabilidade civil profissional médica pode atenuar o impacto de eventual responsabilização em sua atividade.

Foi possível evidenciar a estreita relação entre a Medicina e o Direito e a importância na identificação de riscos da atividade médica para a implementação de estratégias relacionadas a maior segurança jurídica na execução de procedimentos.

Outro ponto de relevância indicada no estudo foi a necessidade para a correta preparação de documentos que retratem a realidade prática experimentada e permitam ao médico comprovar se sua atuação foi diligente e pautada na melhor técnica em busca do melhor resultado ao paciente.

A análise do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional permitiu a identificação das proteções existentes e seu funcionamento perante a exposição de risco a que cada profissional se depara e como os impactos financeiros podem ser atenuados em situações de danos relacionados a sua atividade.

ABSTRACT

The research dealt with the necessity of better physician comprehension regarding the possibility of being held civilly liable with his medical practice and how medical malpractice insurance can mitigate the impact of possible liability in his activity.

It was feasible to highlight not only the relationship between Medicine and Law but also the importance of indentifying medical practice major risks in order to establish strategies related to greater legal security.

Another important aspect shown in the research is about that the physician needs to pay attention to properly instrument documentation to support that your practise was accurate and based on the best available tecnique to do the utmost for the pacient.

The analysis of the wording of medical malpractice insurance allowed us to establish coverage trigers and how to apply to risk professional exposure to support financial impacts of damaged situations related to their activity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	17
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	28
5 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	48
6 O CONTRATO DE SEGURO.....	52
6.1 AS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SEGURO	56
6.2 OS REQUISITOS DO CONTRATO DE SEGURO	66
6.3 A BOA-FÉ NO CONTRATO DE SEGURO	73
7 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	79
8 DO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL PARA MÉDICOS.....	82
9 DAS CARACTERÍSTICAS CONTRATUAIS DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL.....	92
9.1 DO OBJETO DO SEGURO.....	93
9.2 DO AVISO DE SINISTRO.....	94
9.3 DA CLASSIFICAÇÃO DAS COBERTURAS DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL.....	106
9.3.1 DA COBERTURA PARA OS CUSTOS DE DEFESA DO SEGURADO.....	108
9.4 DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO	109
9.5 DAS EXCLUSÕES DO SEGURO	113
9.6. DA PERDA DE DIREITOS À INDENIZAÇÃO DO SEGURO	116
10 DA IMPORTÂNCIA DO GERENCIAMENTO DE RISCO DO PROFISSIONAL NO CONTRATO DO SEGURO	120
11 CONTRIBUIÇÃO NORTE-AMERICANA SOBRE O SEGURO DE RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL MÉDICA	129
12 CONCLUSÃO	139
13 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

1. INTRODUÇÃO

A avaliação de riscos jurídicos na área médica e suas implicações no contrato de seguro é tema de especial relevância para viabilizar ao profissional médico a análise aprofundada da responsabilidade civil por erro médico relacionada a sua missão de prevenção, tratamento e cura que é intimamente ligado ao interesse do paciente.

Nesse sentido, é pautada estreita relação entre a Medicina e o Direito à medida que a responsabilidade civil emerge do ato praticado e da avaliação quanto a culpabilidade, nexos de causalidade e dano experimentado como pressuposto para apuração do ato médico potencialmente falho e suas consequências que gerem a obrigação de reparar.

Avaliar aspectos relacionados aos riscos da atividade médica, ao dever de informação ao paciente, a culpabilidade, às leis, procedimentos, jurisprudência, e demais elementos norteadores da atividade médica correlacionados a mitigação de riscos jurídicos para a materialização do dever de reparar originado da conduta profissional, permitirá adotar medidas preventivas quanto a caracterização do evento e mitigar os danos consequentes.

Desta feita, analisar como a implantação de estratégias relacionadas a maior segurança dos procedimentos conjugada com a abordagem dos esforços para melhorar a qualidade e eficiência servirão como fatores determinantes às proteções contratuais diferenciadas e personalizadas.

Com esses contornos busca-se aferir aspectos estratégicos para priorização de riscos, adoção de abordagem sistemática para especialização nos procedimentos, individualização da conduta médica e às diferenças relacionadas ao risco inerente da atividade de cada profissional, e em que medida esse preparo credencia o profissional na busca de proteções contratuais desenhadas às suas necessidades, com prêmios e coberturas singularizadas e compatíveis a esta gestão de risco do profissional adaptado

a nova realidade em que o número de demandas judiciais aumenta consideravelmente.

Seguindo a regra geral adotada pelo Código Civil busca-se avaliar os aspectos de impacto a atividade médica encontrados na responsabilidade civil subjetiva onde a culpa torna-se elemento essencial para a imputação de responsabilidade ao médico.

Assim, além da culpa decorrente de eventual imprudência, imperícia ou negligência, a avaliação do dano gerado ao paciente e do nexo de causalidade são fundamentais para determinação de causa do evento adverso e de sua relação ao ato praticado e avaliado como gerador para a imputação civil do dano.

Ultrapassados esses elementos, este trabalho propõe avaliar os contornos contratuais do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional médica. Suas características, abrangências e limitações, exclusões e enfrentamento jurisprudencial, ante a evidente necessidade de constituir segurança jurídica em observância a álea securitária e que possibilite ao profissional contratar às proteções necessárias para o pleno exercício da medicina.

Estudar a exposição de riscos inerentes as atividades é condição para identificação de oportunidades de melhorias em cada etapa dos procedimentos que servirá como mitigação para a ocorrência de evento incerto e permitirá a identificação dos pontos de maior exposição para que o trabalho de gestão de risco seja eficiente e permita contratar as proteções necessárias que servirão de apoio quando da caracterização da imputação civil do dano decorrente da atividade do profissional médico.

O seguro de responsabilidade civil profissional para a área médica encontra fundamento na proteção financeira relacionada a ocorrência de evento incerto no pleno exercício da atividade profissional em que terceiro venha a ser impactado com a ocorrência de danos causados pela prestação de serviços profissionais médicos pelos quais este profissional seja responsabilizado civilmente.

A base para esta responsabilização alcança guarida na falha profissional que decorra de imprudência, imperícia ou negligência sempre que relacionada ao nexo de causalidade, por ação ou omissão, entre a atividade do profissional e o dano experimentado pelo paciente.

Nesse sentido, é necessário que a causa esteja relacionada ao comportamento do profissional, momento em que, se comprovada, criará neste último o dever de indenizar o terceiro prejudicado.

Para resguardar esse tipo de risco, a apólice de seguro garante indenização aos pagamentos relacionados por danos causados a terceiros dentro das coberturas, suas exclusões e limites contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro é parte essencial na construção de relação do compartilhamento de informações para identificação a exposição da atividade profissional à luz da atuação individualizada desse profissional.

Neste contexto, para garantir proteções de seguro eficientes relacionadas às atividades de cada profissional, segurado e segurador, devem compartilhar essas informações e correlacioná-las à constituição dos termos e condições contratuais a serem pactuados como forma de que haja a adequada precificação do prêmio a ser cobrado pelas coberturas e proteções relacionadas aos riscos seguráveis.

Por ser uma apólice à base de reclamações, a proteção de seguro resta adstrita a reclamações que forem apresentadas pelo terceiro durante o período de vigência da apólice cujo fato gerador tenha sido verificado no período contratual.

Como forma de viabilizar maior assertividade no gerenciamento de riscos para essas apólices à base de reclamação o segurado tem a faculdade de notificar a seguradora para determinados atos com potencial reclamação.

Esta notificação permitirá ao segurado garantir que as condições contratuais atreladas a sua apólice, vigente na data em que a notificação for realizada, possam ser aplicadas às reclamações apresentadas por terceiros futuramente.

A abrangência do contrato de seguro se dá para os efeitos das coberturas contratadas quando constatada a ocorrência de uma reclamação coberta pela apólice de seguro. Nessa situação, a apólice responderá pelo pagamento das quantias devidas despendidas pelo segurado quando diretamente decorrentes de condenações pecuniárias advindas de decisões judiciais ou arbitrais transitadas em julgado ou em acordos realizados com o consentimento prévio da seguradora.

Ainda, como importante escopo de abrangência deste contrato, destaca-se a cobertura para os custos de defesa, que objetiva o amparo dos custos necessários para a defesa dos interesses do segurado para eventos cobertos e previamente aprovado pela seguradora.

No caso da ocorrência de um evento com potencial questionamento acerca da atividade médica do profissional, o segurado deverá comunicar imediatamente, sob pena de perda de direito à indenização, os atos relacionados a potenciais reclamações decorrentes de sua atividade médica.

E é com o aviso de sinistro que a seguradora toma conhecimento de determinado fato que possa ensejar o acionamento de sua apólice e inicia o procedimento para avaliação e apuração dos fatos relacionados a reclamação.

Nesta etapa de apuração, toda documentação produzida será objeto de minuciosa análise que poderá servir inclusive para eventuais instrumentações necessárias como forma de subsidiar os elementos caracterizadores para a avaliação da conduta profissional questionada e identificação quanto a eventual culpabilidade ante ao dano almejado.

Sempre que apurada a responsabilidade civil do segurado, quer por sentença judicial transitada em julgado, ou em acordo autorizado de forma expressa pela seguradora, e coberto o sinistro de acordo com as condições contratuais, a seguradora efetuará o pagamento da indenização relacionada a reparação pecuniária a que o segurado for compelido a pagar.

Nesse sentido, a contratação de seguro de responsabilidade civil profissional para atividade médica é o instrumento necessário para criar maior

segurança ao exercício regular da atividade profissional e mitigar a exposição financeira decorrente de reclamações relacionadas a possíveis erros médicos.

Em uma sociedade cada vez mais litigante em que a prática da atividade médica é sujeita ao crescente número de questionamentos que se relacionam a atuação desses profissionais é possível dizer que a atenção ao cumprimento diligente de cada etapa do atendimento ganha especial relevância.

Mas não basta a atuação diligente, é necessário documentar corretamente, de forma completa e assertiva, para mitigar não só a exposição demasiada aos riscos de meras insatisfações dos pacientes em situações sem amparo técnico como também subsidiar a sustentação das defesas relacionadas aos casos efetivamente problemáticos.

Assim, é possível dizer que criar protocolos de segurança na execução de cada etapa do atendimento médico gerará melhores condições de segurança ao paciente e viabilizará a mitigação no aumento dos valores pagos em indenizações que decorram de erro médico.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar, por meio de indenização, via de regra, pecuniária, danos causados a outrem.

Como citado por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior¹, “a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano a pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato”.

Assim, a responsabilização do agente surge na medida em que o ato praticado afete a terceiros e cause dano, o que evidencia a necessidade para constituição do liame entre causa e efeito como condição da comprovação da conduta lesiva objeto de reparação.

¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume VII. Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 2018. p. 266.

Há duas espécies de responsabilidade civil: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva.

Na responsabilidade civil objetiva, também conhecida como “teoria do risco”, o dever de indenizar surge independente de culpa, ou ainda, do dolo do agente. Basta existir o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano para configurar a responsabilidade, e, por consequência, o dever de indenizar.

Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar, ou quando a atividade desenvolvida pelo agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 927² do Código Civil.

Depreende-se do texto legal o intuito de proteção *lato sensu* do dano, dispensada a validação quanto a culpabilidade, ante a necessidade clara para o dever indenitário cuja comprovação restará adstrita ao nexo causal.

Especificamente sobre a responsabilidade objetiva que recai sobre as atividades tidas como de risco, conforme previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviços, Anderson Schreiber³ ensina que tal responsabilidade recai sobre atividades que apresentam grau de risco elevado, como forma de auxiliar no enquadramento das atividades:

Diante de todo o exposto, a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.). Irrelevante, para a incidência do dispositivo, que a atividade do risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável.

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.25.

Já na responsabilidade civil subjetiva, também chamada de “teoria da culpa”, o dever de indenizar haverá quando o dolo ou a culpa do agente estiverem demonstrados pelo fato causador do dano.

A respeito da culpa, José de Aguiar Dias⁴ traz a diferenciação entre o dolo e a culpa no sentido amplo, ambas condutas reprováveis:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.

Assim, basta a caracterização da má conduta, ainda que desprovida da vontade direta de prejudicar, para a imputação de responsabilidade. Nesse sentido, vale destacar valiosa definição de culpa apresentada por José de Aguiar Dias⁵:

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

Para Alvino Lima⁶ o conceito de culpa é elemento distinto e específico do ato ilícito, é a causa que está pautada no desvio da conduta do agente e que determina sua reponsabilidade na medida em que sejam verificados o dano e nexos de causalidade.

(...) verifica-se que o conceito de culpa, como elemento distinto e específico do ato ilícito, depende da fixação da conduta normal do homem adaptado à vida social, ao ambiente em que vive. Um êrro nesta conduta, um desvio dêste agir normal dos homens atendendo à situação em que se encontrara o autor do ato lesivo, determinará a sua responsabilidade extra-contratual, obrigando-o à reparação do dano causado, uma vez que os demais elementos do ato ilícito estejam comprovados. Em face, pois, de um fato concreto, violador do direito de outrem, uma vez verificados o dano e o laço de causalidade, surge, então, a indagação de se conhecer si o agente, ao praticar o ato, ao cometer a omissão, agiu, atendendo às circunstâncias que o rodeavam, como todos nós agiríamos, como atuaria o homem prudente, normal, avisado. Si analisada a atitude do agente, aferindo-a por esta

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro. Revista Forense 3 Ed., 1954, p.122.

⁵Op. cit., p. 138.

⁶ LIMA, Alvino. *Da Culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938, p. 42.

balança da conduta humana, em geral, verificamos que não houve desvio do que comumente se faz, da maneira como geralmente se procede, não encontramos o elemento vivificador dos demais requisitos da responsabilidade; o ato deixará, conseqüentemente, de ser ilícito, embora lesivo do direito de outrem. Surge, pois, o ilícito, quando apreciada a conduta do autor do ato, como elemento concreto, real, contingente, nós a proclamamos como transviada do modo de proceder comum dos homens em circunstâncias idênticas. A culpa é, pois, o fiat dos demais elementos constitutivos do ato ilícito. É a causa formal, como fiz Defroidmont, sendo a causa eficiente – o fato humano; a causa material – o dano; a causa final – a reparação.

A regra geral adotada pelo Código Civil é a da responsabilidade civil subjetiva, de modo que a culpa torna-se elemento essencial para verificação da responsabilidade.

Assim, aquele que violar direito de terceiro e causar qualquer espécie de dano, quer seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência, cometerá ato ilícito e deverá indenizar o terceiro ofendido nos termos do artigo 186⁷ do Código Civil.

José de Aguiar Dias⁸ define a negligência como omissão do razoável e imprudência como a falta de cautela, senão vejamos:

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. Consiste a imprudência na precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

Nos ensina Clóvis Francisco Constantino⁹ que imperícia é a inaptidão técnica no sentido não só do desconhecimento como também da aplicação errônea:

O desconhecimento da *lex artis*, é incompetência, inexperiência, inaptidão técnica, despreparo profissional; carência de aptidão prática ou teórica. A imperícia não significa apenas desconhecer totalmente o procedimento, mas também aplicar deficientemente o conhecimento que o médico possui ou deveria possuir. Isso explica o aparente paradoxo de atribuir-se ignorância a um profissional habilitado para o pleno exercício da medicina. A respeito dessa questão o Matielo afirma: na imperícia, o médico não

⁷ 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.

⁸ Op. cit., p. 139.

⁹ Apud Peixoto, Ulisses Vieira Moreira. *Erros Médicos e Perícias Judiciais*. Leme: ed. Cronus, 2015, p. 84, 85.

percebe previamente a extensão exata do risco a que está submetendo o paciente, nem direciona o seu querer para condutas comissivas ou omissivas determinadas, mas aplica mal as técnicas inerentes à arte médica, em inaceitável demonstração objetiva de despreparo.

Já para a imprudência, continua Clóvis Constantino¹⁰, o profissional, ainda que não ignore a ciência médica, toma a decisão de agir:

Tendo conhecimento do risco e não ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir assim mesmo. É assumir uma conduta sem a observação dos cuidados necessários à realização do ato; é agir com açonamento, arrojo, ausência de ponderação. Essa temeridade significa pouca consideração pelo melhor interesse alheio.

E para concluir, Clóvis Constantino¹¹ ensina que para a negligência temos que a falta de cuidado e atenção levam a resultados prejudiciais:

A omissão da diligência devida, da conduta esperada; é a falta de cuidados e atenção, levando a resultados prejudiciais. É uma inação, pela inobservância de um dever que a situação indicava como imprescindível para impedir a superveniência de um resultado lesivo. Matielo pondera que a negligência caracteriza-se por um não fazer aquilo que deveria ter sido feito em dado momento.

Portanto, a caracterização da causa formal, a culpa *lato sensu* (imprudência, negligência ou imperícia), dependerá da análise conduta do homem para que seja determinada sua reponsabilidade e que este não tenha agido diligentemente e como todos teriam agido, ponto nodal para a caracterização do ato ilícito.

Além da culpa *lato sensu* (imprudência, negligência ou imperícia), outros elementos são necessários para a configuração da responsabilidade subjetiva: a existência do dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

O dano, como elemento norteador causado pela atividade do profissional, é a materialização do dever de reparação originado da conduta deste profissional, que deu causa aos prejuízos sofridos por terceiros.

¹⁰ Op. cit., p. 84, 85.

¹¹ Op. cit., p. 84, 85.

Ainda sobre a culpa, José de Aguiar Dias¹² leciona sobre seu resultado, que, para que seja motivador de responsabilidade civil, deve ser acompanhada do dano, e assim ter configurado o ato ilícito:

A culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso, ou inócua. Quando tem consequência, isto é, quando passa do plano puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob a forma de ato ilícito. Este, por sua vez, pode ou não produzir efeito material, o dano. A responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.

Quanto aos requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva nos ensina Alvino Lima¹³:

Os requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva, que integram a responsabilidade aquiliana, são: 1. O ato ou omissão violadora do direito de outrem; 2. O dano produzido por este ato ou omissão; 3. A relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; 4. A culpa.

Reforçado por Martinho Garcez Neto¹⁴ a necessidade de existência da relação causal para surgimento da responsabilidade civil resultante do dano, e conseqüentemente, o dever de indenizar:

Entre a manifestação de vontade em forma de ação ou omissão e o resultado deve existir relação causal, para surgir a responsabilidade civil resultante do dano. A necessidade de tal relação é absolutamente imprescindível, desde que não seria compreensível impor a obrigação de indenizar prejuízo se não houvesse nexos de causa e efeito entre o fato ilícito ou a inexecução da obrigação, conforme se trate de responsabilidade aquiliana ou de responsabilidade contratual.

Portanto, dano e nexos de causalidade ganham especial destaque como tópicos importantes a caracterização da violação ao direito de terceiro, que no caso de delito civil haverá a intenção do agente de violar direito de outrem, tendo portanto a vontade sido dirigida ao fim almejado, vontade esta que funciona como elemento caracterizador do dolo.

Nas palavras de Alvino Lima¹⁵ temos:

¹² Op. cit., p. 123.

¹³ Op. cit., p. 27.

¹⁴ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, p. 197.

¹⁵ Op. cit. p. 175.

O ato ou a omissão voluntária violadores do direito de outrem, causando-lhe dano, é o delito civil; a ação ou omissão decorrente de negligência ou imperícia, violando direito de outrem e causando-lhe prejuízo, é o quasi delito e caracteriza a culpa.

No caso de delito civil ou ato ou omissão cometidos com a intenção de violar direito de outrem, a vontade se dirige ao fim almejado. Surge o dolo que é a vontade in se e in causa. Na hipótese de simples negligência ou imperícia caracteriza-se a culpa; o agente quer voluntariamente o ato praticado, sem pretender o resultado prejudicial a terceiro, com a violação de seu direito. A sua ação ou omissão afastam-se daquela norma de conduta comum, que o direito impõe, em regra, a todos os indivíduos.

Insta citar, de forma bastante simplificada, que há ainda a responsabilidade contratual, ou seja, quando existe um contrato entre as partes, e a responsabilidade extracontratual (também conhecida como aquiliana), em que não há qualquer vínculo contratual entre as partes, apenas o vínculo que decorre da lei.

No primeiro caso, incorrerá a responsabilidade civil contratual quando houver descumprimento das condições pactuadas. Para o segundo, a responsabilidade emerge do descumprimento legal, e para ambos, grife-se, haverá a necessidade quanto a comprovação de existência do dano e o respectivo nexos de causalidade.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em seu artigo 2º *caput*¹⁶, define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, bem como equipara a consumidor, no parágrafo único, a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo.

Assim, como elemento norteador da norma legal, resta evidenciada a preocupação do legislador em oferecer condições para a proteção das pessoas e dar guarida ao atendimento das necessidades dos consumidores como forma de proteger a relação de consumo.

¹⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Nesse sentido, preconiza o art. 4º¹⁷ do referido diploma, o objetivo principal da Política Nacional das Relações de Consumo é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, melhoria de sua qualidade de vida, assim como a transparência e harmonia das relações de consumo que atendam aos princípios do equilíbrio nas relações e vulnerabilidade do consumidor.

Há que se ressaltar a figura do Estado como condutor desta política para a proteção dos consumidores e harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo para garantir o cumprimento dos princípios de ordem econômica previstos no artigo citado acima.

Conforme prevê o artigo 6º¹⁸ do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor tem o direito de ser reparado em caso de eventuais danos tendo inclusive facilitada sua defesa.

Nesse sentido, preciosa lição de Antonio Carlos Morato¹⁹ acerca da demonstração de dois tipos de vulnerabilidades do consumidor. A primeira, cognitiva, que atinge todos os consumidores à medida em que limita o conhecimento. E a segunda, a econômica, como limitadora de sua autonomia na escolha de um produto ou serviço, senão vejamos:

Quando alguém está fora de sua área de atuação, tal situação apresentará considerável possibilidade de colocá-lo em posição desvantajosa e é fundamentalmente isso que ocorre quando o consumidor, seja pessoa física ou jurídica, adquire um bem de consumo. A Lei nº 8078/90 possui,

¹⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

¹⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

(...)

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

¹⁹ MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa Jurídica Consumidora*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 111.

observando-se as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), dois tipos de vulnerabilidade: a *vulnerabilidade cognitiva*, que atinge a todos os consumidores, independentemente de sua condição econômica, já que o consumidor não conhece suficientemente (sob o aspecto técnico ou jurídico) o bem de consumo que adquire e a *vulnerabilidade econômica*, que agrava ainda mais a situação do consumidor, pois somada à primeira, com a ausência de recursos econômicos por parte do consumidor, limita por completo sua autonomia na escolha de um produto ou serviço.

Depreende-se deste ensinamento o fundamento contido no inciso VIII do artigo 6º²⁰ da lei consumerista ao estabelecer diferentes situações para que a inversão do ônus da prova ocorra. A primeira, quando o juiz entender pela verossimilhança das alegações (proteção cognitiva), e a segunda, o critério da hipossuficiência (proteção econômica).

Na verdade, continua Antonio Carlos Morato²¹:

o que se admite é que existirá uma tutela mais efetiva quando o consumidor encontrar-se vulnerável economicamente, o que fica demonstrado com a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, pela mera hipossuficiência. Em razão disso, entende-se que embora a inversão pela verossimilhança seja mais difícil, deve também existir, até porque foi elaborada tendo em vista a ausência de conhecimento do consumidor e não a de seus recursos econômicos.

Para a dúvida acerca das condições subjetivas a que o juiz estará submetido ao avaliar a condição da parte e julgar pela verossimilhança das alegações na medida em que entender pela ausência de conhecimento suficiente apto a declaração de sua vulnerabilidade.

Digno de nota diferenciação trazida por Antonio Carlos Morato²² ao citar o ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco para dizer que “a verossimilhança da alegação é algo absolutamente distinto da prova inequívoca de um fato, pois esta é prova tão robusta que não permite

²⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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;

²¹ Op. cit., p. 121.

²² Op. cit., p. 121.

equivocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança”.

Essa diferenciação reforça a dúvida indicada já que não carrega a robustez da prova mas tão somente impressões sobre a própria alegação.

Mas tal impressão é presente nas avaliações processuais e exigirá do juiz atrelar sua percepção dos fatos ao ordenamento jurídico, seja quanto à hipótese de incidência ou ao preceito legal. É o que nos ensina Cândido Rangel Dinamarco²³:

Nesse juízo, a fidelidade ao ordenamento jurídico depende estreitamente da correta percepção dos fatos, porque toda a norma jurídica prevê a ocorrência de fatos e a sua disposição se aplica na medida e sob condição de que os fatos previstos tenham tido efetiva ocorrência; e depende, ainda, da correta determinação do sentido da própria norma (mediante interpretação adequada dos textos legais), seja quanto à hipótese de incidência (*fattispecie*), seja quanto ao preceito ditado (*sanctio legis*).

Isto se dá pois o Código de Defesa do Consumidor nasce da necessidade para a proteção do mais fraco, especialmente no que concerne às diferenças inerentes aos conhecimentos das partes na relação de consumo, enquanto fornecedor e consumidor propriamente ditos.

E esta proteção ao mais fraco prevista na Lei 8078/90 prescinde da boa-fé para o sustentáculo da relação consumerista e objetiva coibir abusos advindos daquele que deteria maior poder de conhecimento aos produtos ou serviços objetos da relação.

Desta feita, vale mencionar, as diferenças entre boa-fé objetiva e subjetiva, esta última entendida aqui como intenção da pessoa, e citar Antonio Carlos Morato²⁴ ao definir a boa-fé objetiva como importante na harmonização da relação jurídica de consumo “pois possibilita a correção de distorções, mediante a exigência de um comportamento comum entre os contratantes”.

Coibir abusos na busca pelo comportamento adequado na relação consumerista é preceito fundamental disposto no ordenamento jurídico em estrita observância do princípio geral da boa-fé contratual presente no Código Civil, como adiante se verá.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: 12 ed. Malheiros, 2005, p. 285.

²⁴ Op. cit., p. 188.

Importante citar que nas relações de consumo, conforme preveem os artigos 12 ao 17 da Seção 2²⁵ de responsabilidade pelo fato de produto ou serviço, e do artigo 18 ao 25 da Seção 3²⁶ que prevê os termos e condições

²⁵ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

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

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. (Vetado).

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²⁶ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; I

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

para a responsabilidade por vício do produto e do serviço, do Código de Defesa do Consumidor, tanto no que se refere aos acidentes de consumo quanto aos decorrentes de vícios do produto ou serviço.

Vemos portanto, que é adotado o regime da responsabilidade civil objetiva, ou seja, é necessário apenas demonstrar a existência do dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano para configurar a responsabilidade do agente. Isto se deve ao fato de considerar o risco da atividade (fato do produto e serviço ou vício do produto e serviço).

É o que nos ensina Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior²⁷:

A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor se assenta no risco da atividade do fornecedor em face do consumidor, tanto pelo aspecto contratual quanto pelo aspecto extracontratual. Tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a decorrente dos vícios do produto ou serviço (CDC 12, 14, 18) se estribam na teoria objetiva. O fundamento do dever de indenizar, aqui, o risco da atividade (aliado ao fato do produto e serviço ou ao vício do produto ou serviço): por isso a responsabilidade objetiva se aplica a todas as hipóteses decorrentes de danos experimentados pelo consumidor em decorrência da relação jurídica de consumo (CDC 6 VI e 8).

Também conforme ensina Anderson Schreiber, o Código de Defesa do consumidor criou a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, sem observância da culpa²⁸:

Atento à nova axiologia constitucional, o Código de Defesa do Consumidor veio instituir a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, criando um sistema de responsabilização livre do fator subjetivo da culpa e abrangente de um vasto campo de relações na sociedade contemporânea.

Todavia, no que se refere a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, prevista está a necessidade de verificação de culpa, nos termos do

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

²⁷ Op. cit., p. 269.

²⁸ Op. cit., p.21.

parágrafo 4º do artigo 14²⁹ do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a responsabilidade civil operada nesse caso é a subjetiva.

Sérgio Cavalieri Filho³⁰ define profissionais liberais:

Profissional liberal, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independentemente do grau de escolaridade. Não só o médico, o advogado, o engenheiro, o psicólogo, o dentista etc. podem ser profissionais liberais, mas também o sapateiro, o carpinteiro, o marceneiro, o electricista, o pintor, a costureira, desde que prestem serviço com autonomia, sem subordinação - enfim, por conta própria.

Sem a culpa, que decorre da natureza personalíssima da atividade médica, não há que se falar em responsabilidade civil atinente a profissional liberal na relação de consumo.

É o que dispõe o Código de Ética Médica³¹ (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/18) em seus capítulos I e III, que dispõe acerca dos princípios fundamentais e responsabilidade profissional para estabelecer a natureza personalíssima da atuação médica, bem como caracterizar a responsabilidade médica como pessoal e não presumida.

Preciosa lição de Miguel Kfouri Neto³² ao explicar a singularidade da atividade médica para corroborar a inaplicabilidade da responsabilidade

²⁹ 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.

³⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 540.

³¹ Capítulo I (...)

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

Capítulo III

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

³² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 11 Ed. São Paulo: RT, 2021. p. 64.

objetiva, ante a necessidade, aos profissionais liberais, quanto a verificação de culpa como pressuposto de sua responsabilidade:

A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.

Para fortalecer esse entendimento traz-se à baila reflexões de Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem³³ acerca da única exceção a regra de responsabilidade objetiva praticada pela legislação consumerista e definir sobre os profissionais liberais o sistema subjetivo de culpa:

Exceção para profissionais liberais. Responsabilidade subjetiva: a única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o parágrafo 4 do artigo 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam regulados pelo artigo 20 e seguintes do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contractual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos, que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.

Havendo portanto a necessidade para apuração de culpa, não há que se falar em caracterização para atividade consumerista, ante a natureza personalíssima da atuação profissional do médico, que está disciplinada no art. 951 do Código Civil³⁴.

Em que pese a argumentação doravante exposta é válido dizer que existe certa discussão acerca do sistema subjetivo de culpa da responsabilidade civil dos profissionais liberais tipificada no parágrafo 4º do

³³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 479 e 480.

³⁴ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inutilizá-lo para o trabalho.

artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, para ser considerada apenas nos casos de acidente de consumo, ou seja, pelo fato de serviço.

Tal corrente entende que ao tratar-se de vício do produto ou serviço prestado haveria a caracterização da responsabilidade objetiva ante a ausência de risco ao consumidor e caracterização exclusiva de dano econômico.

Nesse sentido, a responsabilidade do profissional liberal pelo vício do serviço prestado cuja caracterização da perda de qualidade, valor ou finalidade, não gera riscos ao consumidor, e poderia ser interpretada como objetiva e amparar-se no artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, mesmo se tratando de relação consumerista, prevalece a responsabilidade subjetiva do médico, tal qual previsto no parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Em caso específico, recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵, cujo número do processo não foi informado por tratar-se de segredo de justiça, o relator, ministro Villas Bôas Cueva, asseverou que a jurisprudência do tribunal considera a responsabilidade do médico subjetiva, pois sua atividade é obrigação de meio, ou seja, o profissional de saúde não tem condições de assegurar o melhor resultado (no caso, a cura), necessária, então, a configuração da culpa.

Vale mencionar que durante o 2º Congresso Virtual Brasileiro de Direito Médico realizado entre os dias 10 a 12 de agosto de 2021³⁶, o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, afirmou que o Poder Judiciário não pode se furtar a considerar questões relativas à vulnerabilidade do profissional médico, nos seguintes termos:

³⁵ Mantida condenação de médico que negligenciou preenchimento de prontuário de gestante Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/29072021-Mantida-condenacao-de-medico-que-negligenciou-preenchimento-de-prontuario-de-gestante.aspx>. Acesso em 29 maio 2023.

³⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/12082021-Presidente-do-STJ-diz-que-Judiciario-nao-pode-deixar-de-considerar-vulnerabilidade-do-medico.aspx#:~:text=Durante%20o%20C2%BA%20Congresso%20Virtual,no%20atual%20cen%C3%A1rio%20de%20pandemia>. Acesso em 29 maio 2023.

A responsabilidade civil do médico depende, todavia, da comprovação de uma ou mais modalidades de culpa (imprudência, negligência ou imperícia), entendendo a jurisprudência que o prejudicado deve produzir essa prova", comentou o ministro, ao citar o artigo 951 do Código Civil e o artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

E reforçou que a culpa do profissional de saúde não é presumida:

"Em regra, a culpa do profissional de saúde não é presumida, embora sejam de natureza contratual os serviços prestados"

Para corroborar tal assertiva traz-se à baila recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que confirma pelo entendimento consolidado desta egrégia corte no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais liberais depende da verificação da culpa, nos termos do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 1.022, I, II, III. NÃO CORRÊNCIA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM PERÍCIA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA RESOLVER A CONTROVÉRSIA. TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 7, DO STJ.

1. Não se verifica a alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais liberais depende da verificação de culpa (art. 14, §4º, do CDC). Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Precedentes.

3. Conforme perícia e acórdão recorrido, houve confirmação do nexo de causalidade, mas ausência de conduta ilícita das recorridas. Reconhecimento, inclusive, de tratamento adequado pelo estabelecimento médico.

4. A revisão desse entendimento demandaria o reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7, do STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2131120 - SP (2022/0147992-2). Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 17 abr. 2023)

Assim, resta evidenciado a consolidação de entendimento da egrégia corte no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais liberais

depende da verificação da culpa nos termos do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, de modo que há a necessidade de verificação da culpa relacionada ao ato médico praticado, especialmente no tocante a ação ou omissão relacionada a negligência, imprudência ou imperícia da prática para a sua configuração.

Nesse sentido, em regra, a classificação para responsabilidade objetiva não se aplica a atribuição da atividade médica, objeto deste estudo. É o que nos ensina Miguel Kfoury Neto³⁷:

A todas as luzes, o dispositivo que consagra a responsabilidade objetiva - descartada por completo a apuração da culpa - não se aplica ao domínio da responsabilidade médica. Isso porque, como ocorria, no Código revogado, com o art. 1.545 - dispositivo que mencionava, expressamente, o médico, cirurgião, dentista, farmacêutico e parteira - o atual art. 951 estabelece: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".

Assim, a responsabilidade civil do profissional médico é pautada estritamente na verificação de culpabilidade do agente e em que medida este tenha agido de forma imperita, imprudente ou negligente, e que esta conduta seja causa do dano experimentado, formando assim os requisitos necessários para esta caracterização com o nexos causal e o dano efetivo.

O ato médico pode ser definido, neste caso, como qualquer tipo de procedimento profissional que o médico preste a terceiros e sejam inerentes à prestação de serviços de saúde.

Trata-se de ato próprio definido pela Lei n. 12.842 de 10 de julho de 2013³⁸, que dispõe sobre o exercício da Medicina, e que trata de atividades

³⁷ Op. cit., p. 64.

³⁸ Lei n. 12.842 de 10 de julho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em 18 maio 2023: Art. 4º São atividades privativas do médico: I - (VETADO);

privativas do médico, a exemplo de indicação e execução de internações cirúrgicas, prescrição de cuidados médicos pré e pós operatórios, intubação traqueal, dentre outros.

Miguel Kfouri Neto³⁹ nos ensina: “que a responsabilidade do profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano”.

Tal necessidade surge da caracterização de responsabilidade advinda da conduta do profissional que viola direito e causa dano a terceiro, nos termos previstos no artigo 186 do Código Civil.

E continua Miguel Kfouri Neto⁴⁰:

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implique risco aos direitos do paciente.

Caso admitida tal hipótese, estaria descartada a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isso porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde do doente, propiciando-lhe melhora ou cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias vídeo laparoscópicas, variadas aplicações de laser, por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isso porque o advento da atual codificação civil, nesse aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.

-
- II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;
 - III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;
 - IV - intubação traqueal;
 - V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;
 - VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;
 - VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;
 - VIII - (VETADO);
 - IX - (VETADO);
 - X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;
 - XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;
 - XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;
 - XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;
 - XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

³⁹ Op. cit., p. 64.

⁴⁰ Op. cit., p. 65.

Assim, não será aplicável a presunção de culpa na atividade médica, restando necessário, portanto, para verificação de responsabilidade a apuração de conduta praticada e em que medida referida conduta concorreu para a caracterização do evento danoso.

Responsabilidade esta advinda não só de pressuposto legal como também presente no Código de Ética Médica⁴¹ com a previsão de que é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (artigo 1º).

Há de se verificar, portanto, a ocorrência do erro médico para que se caracterize a responsabilidade deste. Para fortalecer esse entendimento nos ensina Ulisses Vieira Moreira Peixoto⁴² que o erro médico nasce “quando a conduta profissional for inadequada, ou seja, quando o tratamento médico causou dano à vida ou à saúde de outra pessoa, identificada imperícia, imprudência ou negligência”.

Assim, uma vez identificada a conduta inadequada e comprovada a negligência, imprudência ou imperícia haverá caracterização para a imposição do dever indenizatório, como se verifica no julgamento a seguir, que tratou de erro médico relacionado a realização de cirurgia de urgência em decorrência de uma apendicite aguda, em que o paciente voltou a sentir dores abdominais, tendo sido constatada a presença de material metálico solto na região do apêndice:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE AFASTADA. O ordenamento jurídico adota a teoria subjetiva da culpa exigindo, a comprovação da conduta do agente, o dano e o nexa causal como requisitos para o dever de indenizar. A responsabilidade civil do médico está diretamente atrelada a comprovação da culpa no cometimento da lesão. Não sendo comprovados os requisitos legais, afasta-se o dever indenizatório.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.180470-1/001. Relator Luiz Artur Hilário. Julgado em 07 fev. 2023)

⁴¹ Brasil. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> Acesso em 10.03.2023

⁴² Op. cit., p. 28.

Depreende-se das palavras de José de Aguiar Dias⁴³ que é durante o tratamento do paciente que podem ocorrer maiores casos de intercorrências, e para tanto define tratamento como:

Tratamento é, em medicina e artes similares, a soma dos meios empregados para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor. É no tratamento, naturalmente, que ocorrem os casos mais numerosos de responsabilidade, por ser a mais larga oportunidade do exercício da medicina aos erros e procedimentos contrários às regras da profissão.

Alerta Sergio Cavalieri Filho⁴⁴ quanto a necessidade para o preenchimento de requisitos legais ao exercício da atividade médica ante aos importantes e danosos impactos que o erro médico pode causar:

O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão nesse elenco os médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros etc.

É claro que nenhum médico poderá assumir a obrigação de salvar o doente, contudo, deverá ser experto o suficiente para ser o instrumento de cura e possa empregar todos os conhecimentos adquiridos na academia e na vida para oferecer ao seu paciente a mais pura e legítima chance de ter para si empregados os cuidados necessários para seu restabelecimento.

E por essa razão depende de comprovação de culpa como causalidade diretamente relacionada ao dano experimentado pelo paciente quando o profissional tenha agido de forma negligente, imprudente ou imperita, conforme defende Sergio Cavalieri Filho⁴⁵:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002. Embora seja o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do seu art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Diz ali que: "A. responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a

⁴³ Op. cit., p. 287.

⁴⁴ Cavalieri Filho, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. Atlas São Paulo 2012, p. 401.

⁴⁵ Op. cit. p. 404.

verificação de culpa." Devemos ter em mente, todavia, que o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir Uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva.

Ainda, José de Aguiar Dias⁴⁶ nos ensina que caberá ao paciente a comprovação de que o profissional agiu com culpa, a ser apurada a responsabilidade com base em diferentes e possíveis provas, a depender do caso concreto a ser discutido. E chama atenção para sempre observar os deveres médicos inerentes ao profissional, quais sejam, conselhos, cuidados e abstenção de abuso ou desvio de poder:

Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade há que se atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato.

Decompondo as obrigações implícitas no contrato médico, verificamos que êle impõe aos médicos êstes deveres: 1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de abuso ou desvio de poder.

Nesse sentido, por ser indispensável a relação de causalidade do ato médico com o dano, José de Aguiar Dias⁴⁷ menciona ainda sobre necessidade de investigação do caso concreto a fim de se apurar a responsabilidade médica:

(...) a responsabilidade médica se define de maneira eminentemente casuística. Para melhor reconhecê-la ou afastá-la, o mais seguro critério é investigar o caso concreto (...)

Há que ressaltar a diferenciação contida para a culpabilidade e o erro profissional no sentido de que para a culpa haverá falta de diligência ou prudência esperada para o bom profissional a medida em que o erro

⁴⁶ Op. cit., p. 275.

⁴⁷ Op. cit., p. 285.

profissional encontra maior guarida no emprego da técnica procedimental incorreta, como prossegue Sergio Cavalieri Filho⁴⁸:

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

Por essas razões assevera Genival Veloso de França⁴⁹ que para a caracterização da responsabilidade civil do médico será avaliada mediante verificação de culpa e previsibilidade do dano:

A responsabilidade civil do médico (Código Civil, artigo 951), na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o artigo 14, § 4.o, do CPDC, será apurada mediante verificação da culpa. Isto é, será avaliada de acordo com o maior ou menor grau de previsibilidade de dano. Ainda: o médico, nas relações de consumo com seus clientes, não está obrigado a um resultado, pois entre eles existe um contrato de meios e não de fins. Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e, se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática. Discute tal conceito, no que se refere aos contratos de meios ou de resultados, na anestesiologia, na cirurgia plástica, na radiologia e na patologia clínica.

Não só como forma de comprovação do uso da melhor técnica, certo é que a perícia médica judicial ocupa papel importantíssimo em determinadas demandas judiciais, e é capaz de demonstrar a responsabilidade ou não do médico no caso concreto.

Avaliando, exemplificadamente, determinada perícia médica judicial, trazida por Cristiano de Castro Jarreta Coelho⁵⁰, nota-se que o entendimento foi o de que o médico não foi responsável pelo evento, devido aos seguintes pontos:

⁴⁸ Op. cit. p. 405.

⁴⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p. 133.

⁵⁰ PAGANI, Maristela; *et al.* *Perícia Médica Judicial: Teoria e Prática*. São Paulo: nVersos ed., 2013. p. 16.

Segundo a avaliação do perito, o que se extrai da conclusão exposta após longa fundamentação, os tratamentos pelos quais o esposo da autora foi submetido nos períodos de internação seguiram padrão de conduta adequada, não havendo indicação de que tenha ocorrido imprudência na escolha dos meios ou negligência na execução dos mesmos. Segundo a mesma avaliação técnica, as complicações patológicas pelas quais o esposo da autora passou decorreram de evolução ruim do quadro, de modo que se trata de desdobramento esperado pela literatura, quando não atingido o intento do tratamento.

Com esse quadro fático colhido pela perícia, não há qualquer suporte fático-probatório para se dizer que tenha havido, por parte do(s) médico(s) responsável(is) pelo atendimento, a prática de ato ilícito: não há qualquer colheita de elemento indicativo de quebra da obrigação de meio. Sem ato ilícito (culpa, por assim dizer), não há autorização legal para se responsabilizar civilmente qualquer médico pelo óbito, o que torna improcedente a pretensão da parte autora.

Neste aresto abaixo, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, em se tratando de ocorrência de dano comprovado, tendo sido inclusive objeto de laudo pericial atestando a ocorrência de prescrição e alta em desacordo com a literatura médica, restou presente o descaso e a negligência do médico, que deu causa ao óbito, com configuração de prova suficiente para a condenação:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO DA RÉ-OPERADORA. PEDIDO RECURSAL DISSOCIADO DA SENTENÇA E DAS QUESTÕES TRATADAS NA AÇÃO. INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 1.010, IV, DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DA MÉDICA CORRÉ. PRETENSÃO DE COMPLEMENTAÇÃO E/OU REALIZAÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL. INADMISSIBILIDADE. PROVA SUFICIENTE AO EQUACIONAMENTO DA LIDE. RESPEITO AOS REQUISITOS DO ART. 473 DO CPC. MÉRITO. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCASO E NEGLIGÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO E ALTA EM DESACORDO COM A LITERATURA MÉDICA. QUADRO QUE RECOMENDAVA CAUTELA. PACIENTE QUE FOI A ÓBITO. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO DA RÉ NÃO CONHECIDO E DA CORRÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se conhece do apelo cujos pedidos são totalmente dissociados da questão discutida nos autos e do teor da sentença. Precedentes.
2. Se o laudo pericial realizado, que é hígido e está bem fundamentado, atendeu aos requisitos do art. 473 do Código de Processo Civil e mostrou-se suficiente para o correto equacionamento da lide, não há fundamento para determinar a sua complementação ou a realização de nova perícia.
3. Demonstrado que houve negligência da médica durante o atendimento do paciente, que foi causa determinante para o óbito, é de rigor a condenação ao pagamento de indenização pelos danos extrapatrimoniais causados à genitora.
4. Deve-se reduzir o valor fixado a título de indenização, quando ele não observa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1016795-54.2016.8.26.0309. Relatora Maria do Carmo Honório. Julgado em 16 fev. 2023)

Desta feita, restou observado não só que houve negligência da médica durante o atendimento do paciente, como também que esta foi causa determinante para o óbito.

É importante frisar que nem todos os resultados insatisfatórios se caracterizam como erro médico.

Há situações que são adversas, incontrolláveis, e não são, portanto, decorrentes de condutas inadequadas do médico. É o caso, por exemplo, do surgimento de uma nova doença que venha agravar o quadro médico do paciente e que esta não esteja relacionada ao ato praticado pelo profissional.

Por isso que a medicina baseada em evidências se propõe a subsidiar decisões pautadas em evidências científicas sob juízo crítico de investigação na busca para a definição da melhor tomada de decisão.

Para subsidiar essa assertiva importante trazer à baila ensinamento de Genival Veloso de França⁵¹:

A medicina baseada em evidências, segundo seus ardentes defensores, seria a utilização racional e judiciosa da melhor evidência científica disponível para se tomar decisões sobre cuidados aos pacientes. Ou o processo de sempre descobrir, avaliar e encontrar resultados de investigação com base nas decisões clínicas.

Significaria, assim, o emprego do que se depreende melhor nos resultados científicos disponíveis procedentes da pesquisa e da investigação, e não do que possam dispor as teorias fisiopatológicas e a autoridade ou a experiência individual. Uma medicina baseada na análise estatística de efeitos. Em suma, uma medicina de resultados.

Da avaliação solitária e subjetiva do clínico passa-se a aceitar apenas, como de reconhecido valor científico, as informações oriundas da pesquisa de cientistas de peso em estudos demorados e em expressivo número de pacientes observados em serviços de excelência.

Outro ponto importante a ser considerado é o dever de diligência do médico, qual seja, empregar todos os recursos possíveis e disponíveis pautados na melhor técnica a ser utilizada para cada caso como forma de

⁵¹ Op. cit., p. 148.

mitigar a ocorrência do agravamento do quadro do paciente e descaracterizar a ocorrência do erro médico.

Valioso entendimento jurisprudencial a seguir destacado no sentido de criar segurança jurídica ao julgamento de fato imprevisível e inesperado, que não caracteriza erro médico, e determina a valoração para a conduta médica adequada a melhor prática:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PERDAS E DANOS AUTORA QUE SE SUBMETEU A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA A RETIRADA DA VESÍCULA E PLEITEIA A CONDENAÇÃO DOS RÉUS POR MÁ CONDUTA MÉDICA LAUDO PERICIAL QUE AFASTOU A IMPERÍCIA - RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA AÇÃO IMPROCEDENTE SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1001888-12.2018.8.26.0210. Relator Pastorelo Kfourri. Julgado em 21 fev. 2023)

Nota-se, no caso acima, que a autora pretendeu indenização por perdas e danos, devido a procedimento cirúrgico a que se submeteu. Todavia, o laudo médico pericial não reconheceu imperícia do médico, de modo que não foi identificada sua responsabilidade, e conseqüentemente, eximiu o profissional da necessidade de indenização.

Vale observar que a obrigação assumida pelo médico é considerada em sua grande maioria das vezes como de meio, e não de resultado, e tal fato deve ser didaticamente informado ao paciente.

Neste sentido, como já citado anteriormente, não é aplicada a presunção de culpa para a conduta médica, ainda que se discuta eventual erro de assistência, ou seja, será aplicável a responsabilidade subjetiva, com necessidade de apuração da culpa na conduta ao paciente.

Tem-se que a obrigação assumida pelo médico caracteriza-se como de meio porque não se garante a cura, ainda que seja obviamente almejada, mas porque busca-se o emprego de todos os meios suficientes e necessários para o tratamento adequado do paciente de acordo com o diagnóstico e a melhor técnica.

Nesse sentido fortalece entendimento o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho⁵² quanto a obrigação de meio que caracteriza a atividade médica, por “proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições a ciência, (...) não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e métodos da profissão”.

Assim sendo, certo é que o médico somente será responsabilizado quando agir culposamente, ou seja, quando não observar os cuidados necessários de acordo com o estado de saúde do paciente.

Nessa perspectiva, Silvio Rodrigues⁵³ ensina sobre a obrigação de meio do médico, deixando claro que não seria sequer lícito que este assumisse a obrigação de curar o paciente, ainda que se trate de responsabilidade contratual. Sendo assim, necessária a configuração de sua negligência, imprudência ou ainda imperícia, como medida para sua responsabilização. Deixa claro ainda, a obrigação, por outro lado, de que o médico trate o paciente com zelo, diligência e carinho adequados, necessários para os cuidados que a medicina requer:

A vantagem de colocar a responsabilidade do médico no campo do contrato é limitada, pois, em rigor, o fato do esculápio não conseguir curar o doente não significa que inadimpliu a avença. Isso se dá porque, ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente. De modo que, se o paciente vem a falecer, não se pode falar em inadimplemento de um contrato, pois não havia o médico assumido, nem lhe seria lícito assumir, a obrigação de curar o paciente. Para que a responsabilidade do médico emergja, mister se faz que o doente ou seus herdeiros demonstrem que o resultado funesto, por ele experimentado, derivou de negligência ou imprudência do profissional.

Surge, portanto, a obrigação de meio, na medida em que caberá ao médico agir com diligência para o melhor atendimento, conforme sustenta Ulisses Vieira Moreira Peixoto⁵⁴: “Nascerá a obrigação de meio quando o

⁵² Op. cit., p. 392.

⁵³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 248-249.

⁵⁴ Op. cit., p. 116.

médico ofertar todos os seus esforços e utilizar os meios indispensáveis a conseguir a cura do paciente, sem assegurar o resultado”.

Cristiano de Castro Jarreta Coelho⁵⁵ menciona sobre a caracterização da obrigação de meio:

Não é possível exigir que o médico garanta ao paciente o resultado satisfatório, porquanto a medicina não é ciência exata, estando aquele sujeito a vários fatores externos à conduta do profissional. No entanto, no que tange o comportamento do médico como fator preponderante para a obtenção de resultado satisfatório, está ele adstrito ao dever de empregar as melhores técnicas ao seu alcance, de acordo com a literatura médica imperante, da melhor forma possível. Daí porque se fala em obrigação de meio. Fora daquilo que está ao alcance instrumental do médico, não é dado exigir do mesmo.

Digno de nota lição de Sergio Cavalieri Filho⁵⁶ que, apoiada por Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues e Antônio Montenegro e também consagrada pela jurisprudência, entendem às razões pelas quais a atividade profissional médica é de meio, e não de resultado:

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 francesa. 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.

Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Antônio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência.

Especificamente no tocante ao médico anestesista, bom observar possível entendimento de que poderia se tratar de obrigação de resultado, e não de meio.

⁵⁵ Op. cit., p. 16.

⁵⁶ Op. cit. p. 403.

Todavia, Carlos Roberto Gonçalves⁵⁷ ensina que, ainda que tenha o anestesista a obrigação de resultado, qual seja, a de recuperar o paciente ao final do procedimento ou cirurgia, não diverge das demais situações enfrentadas pela medicina, não deixando, pois, de ser também uma obrigação de meio:

Os erros do anestesista “podem ser de diagnóstico (avaliar o risco anestésico, a resistência do paciente), terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) e de técnica (uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente, etc.). Sustenta-se que ele assume uma obrigação de resultado, desde que tenha tido oportunidade de avaliar o paciente antes da intervenção, e concluir pela existência de condições para a anestesia, assumindo a obrigação de anestesiá-lo e recuperá-lo (Guilherme Chaves Sant’ana, *Responsabilidade Civil dos médicos anestesistas*, p. 133 e ss.). Parece, todavia, que a álea a que estão submetidos o anestesista e seu paciente não é diferente das demais situações enfrentadas pela medicina, razão pela qual não deixa de ser uma obrigação de meios, ainda que se imponha ao profissional alguns cuidados especiais, na preparação do paciente, na escolha do anestésico, etc. Dele se exige acompanhamento permanente, não podendo afastar-se da cabeceira do paciente durante o ato cirúrgico, até a sua recuperação”(Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Responsabilidade civil do médico*, RT, 718:43).

Já no caso dos cirurgiões plásticos, a obrigação é tida como de resultado. Isto porque, interessará na cirurgia plástica o resultado final, aquele que se obriga o profissional médico.

Há que se diferenciar da cirurgia plástica a estética que visa corrigir situações específicas, como o caso de vítimas de queimaduras, por exemplo. Ou ainda, pessoas que buscam tratamentos específicos, a fim de corrigir situações originalmente existentes. Nestes casos, ainda que executadas por cirurgião plástico, tem-se que a obrigação será de meio, e não de resultado.

Esse é o entendimento inclusive de Carlos Roberto Gonçalves⁵⁸:

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de “resultado”. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado.

(...)

O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética. No entanto, em alguns casos a obrigação

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365.

⁵⁸ Op. cit., p. 366-367.

continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias⁵⁹ ensina que o objeto do contrato médico não é a cura, e sim a prestação de cuidados médicos, não configurando, portanto, obrigação de resultado. Diferentemente do profissional que lida com a cirurgia estética:

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, na fórmula da Corte Suprema de França.

(...)

Considera-se contrário ao costume ou à ética profissional assegurar o médico determinado resultado ao cliente. Isso, entretanto, não influi na validade do compromisso dêsse teor livremente assumido por um médico para com o seu cliente. Êste critério é particularmente válido em relação à cirurgia estética, em que se supõe, pela própria finalidade do tratamento, a obrigação de resultado.

Silvio Rodrigues⁶⁰, do mesmo modo, entende que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, dada a situação que se coloca ao paciente, que busca justamente o resultado em si na intervenção:

Já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado e não de meio. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu, há tempos, a respeito da cirurgia estética ou plástica, como obrigação de resultado, competindo ao médico inclusive a obrigação de indenizar em caso de não cumprimento do resultado que se espera, ou ainda, em caso de deformidade

⁵⁹ Op. cit., p. 274.

⁶⁰ Op. cit., p. 251.

ou irregularidade, pois no procedimento estético, busca-se melhorar a aparência física:

STJ – Cirurgia estética ou plástica – Obrigação de resultado (responsabilidade contratual objetiva) – Indenização – Inversão do ônus da prova.

I - Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 81.101. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 13 abr. 1999)

Em qualquer caso, a conduta médica deve ser pautada pelo comprometimento do profissional de tratar o paciente com atenção máxima, cuidado, zelo, de forma inclusive a esclarecê-lo acerca de seu estado de saúde, bem como de todo o tratamento almejado, seus riscos e cuidados necessários enquanto este perdure, bem como de eventuais exames e medicamentos necessários.

Deve ainda o médico utilizar-se de todos os meios necessários e adequados à situação de saúde do paciente, inclusive antevendo riscos.

Como previsto inclusive no artigo 2º Lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013⁶¹, que dispõe sobre o exercício da Medicina, o objeto da atuação médica é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parte da mitigação dos riscos no tratamento encontra guarida na relação médico-paciente e nos esclarecimentos que o profissional deve ofertar ao seu paciente.

Nesse sentido deverá o paciente participar efetivamente da contextualização de seu tratamento e tomada das decisões que dizem

⁶¹ Lei n. 12.842 de 10 de julho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em 18 maio 2023: Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

respeito a sua saúde, e como resultado desta participação deverá consentir à atuação médica.

É o que nos ensina Fláviana Rampazzo Soares⁶²:

A possibilidade de ocorrência de dano pode provir de um ato equivocado ou de uma conduta médica adequada, tendo em vista que, mesmo atendendo às boas práticas, o exercício da medicina pode ensejar resultados adversos e lesivos, os quais estão fora da ingerência do profissional que exerce o seu ofício. Assim, destaca-se a necessidade de que o paciente participe efetivamente da marcha decisória e tenha papel ativo na tomada das decisões que dizem respeito à sua saúde, uma vez que é ele quem diretamente experimenta o resultado de qualquer intervenção em si efetivada. Nesse contexto complexo e relevante, está inserido o consentimento do paciente à atuação médica.

Desta feita, na medida em que o médico não cumpre com seu dever de informar adequadamente o paciente acerca de seu diagnóstico e expõe com clareza os procedimentos pelos quais o paciente precisará ser submetido e obtém do paciente seu consentimento na realização das etapas de seu tratamento, poderá incorrer em responsabilização.

Sobre a definição de consentimento informado, segundo Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior⁶³:

O consentimento informado é capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento médico que receberá, decisão esta que só poderá ser tomada após detalhado esclarecimento médico e fornecimento de todas as informações relativas ao procedimento que foi eleito pelos médicos, como considerado o melhor e o mais eficaz.

(...)

O consentimento informado engloba a obrigação do médico de dar, antes de qualquer intervenção e por meio de linguagem compreensível ao paciente, informação adequada sobre sua condição de saúde, bem como dos métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua doença. O médico deve indicar-lhe os resultados esperados, os riscos da intervenção pretendida, o custo desta intervenção e as alternativas que possam existir. O médico deve, também, dar ao paciente oportunidade para refletir e tomar sua decisão sem que sobre esta exerça qualquer tipo de pressão.

Dizer que o médico necessita fornecer informação adequada ao paciente para que esse possa exteriorizar sua vontade consciente é necessariamente analisar que tipo de informação, e em que quantidade, deve o médico prover.

⁶² SOARES, Fláviana Rampazzo. *Consentimento do Paciente no Direito Médico. Validade, Interpretação e Responsabilidade*. São Paulo. Foco, 2021. p. 19.

⁶³ Op. cit., p. 155.

Importante colocação a de José de Aguiar Dias⁶⁴ sobre a necessidade de obter o consentimento do paciente, e ainda, de forma livre e clara, após a exposição dos riscos ou perigos, pois de forma bastante simples ressalta que qualquer tipo de operação oferece perigo – ainda que não pareça:

Para proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação (seja qual fôr: a regra é que toda operação oferece perigo) deve o médico obter o consentimento do cliente, e não só consentimento, mas aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos ou perigos.

O profissional médico deve atentar-se para cumprir tal obrigação, não somente porque lhe cabe tal dever, mas também porque lhe será extremamente útil futuramente em caso de eventual discussão, seja ela administrativa ou judicial. É essencial que o consentimento informado faça parte da documentação médica, como salvaguarda de sua conduta.

Assim, o dever de informação busca proteger que o paciente seja constrangido a submeter-se a tratamento em que desconheça os riscos envolvidos e que sob determinadas condições poderão acontecer.

Nesses termos, elucida Sergio Cavalieri Filho⁶⁵:

O dever de informar pode também ser do art. 15 do Código Civil⁶⁶, pelo menos a contrario sensu, que dispõe: ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente.

Com relação aos riscos do tratamento, Silvio Rodrigues⁶⁷ é claro no sentido de que cabe ao médico profissional advertir o paciente:

Tal dever, segundo ensina Savatier, é tão mais imperioso, quanto maiores são os riscos de tratamento. Isso decorre de que o cliente é o juiz de seu próprio interesse, e, para decidir se se resigna a permanecer em seu estado atual ou se prefere enfrentar os riscos de um tratamento mais ou menos perigoso, deve ser esclarecido pelo profissional que o atende.

Sobre a alegação de ausência de consentimento informado, bem como apresentação de informações ao paciente quanto ao diagnóstico e

⁶⁴ Op. cit., p. 279.

⁶⁵ Op. cit., p. 411 e 412.

⁶⁶ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁶⁷ Op. cit., p. 252.

prognóstico, contra indicações do tratamento indicado, bem como possibilidade de eventuais complicações, estas podem ensejar na caracterização de erro médico capaz de gerar o dever de indenizar, em virtude da ausência de informações de risco, e ocasionar dano de ordem moral se verificadas sequelas permanentes:

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ação julgada procedente em parte - Insurgência de todas as partes – Erro médico - Culpa relativa à ausência de consentimento informando acerca dos riscos e benefícios do tratamento, tampouco orientações prévias ao paciente – Conduta médica inadequada demonstrada - Dano moral evidenciado - Hipótese em que o arbitramento dos danos morais obedece o princípio da razoabilidade e proporcionalidade – Sentença mantida - Recursos desprovidos.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1000567-60.2014.8.26.0604. Relator Costa Netto. Julgado em 16 fev. 2023)

No julgado acima, restou evidenciada a conduta médica inadequada ante a ausência de informação ao paciente dos riscos e benefícios do tratamento, o que foi suficiente para a caracterização da culpabilidade do profissional e a consequente obrigação de indenizar por danos morais o paciente.

Ainda, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o REsp 1.848.862⁶⁸, o Ministro Marco Aurélio Bellizze concluiu que todo paciente tem, como expressão do princípio da autonomia da vontade, o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de determinado procedimento médico, para que possa manifestar o seu interesse pela intervenção terapêutica de forma livre e consciente, exercendo o consentimento informado:

Todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade (autodeterminação), o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado.

Esse dever de informação decorre não só do Código de Ética Médica, que estabelece, em seu art. 22, ser vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte", mas também das regras dispostas na legislação consumerista,

⁶⁸ https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2156946&num_registro=201802689219&data=20220408&formato=PDF. Acesso em 07 mar. 2023.

destacando-se os arts. 6o, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Depreende-se do julgado que a informação prestada ao paciente deve ser clara e precisa, evitando o chamado consentimento genérico, decorrente de comentários imprecisos ou formulados em termos excessivamente técnicos.

Observa-se dos julgamentos e doutrinas destacados que o consentimento informado consubstancia a formalização obtida do paciente capaz e apto a entender as diretrizes que envolvem o procedimento a que será submetido tendo em si avaliado os riscos expressamente explicados e traduzidos a linguagem leiga como forma de propiciar o correto entendimento.

Assim, traz-se à baila ensinamento de Genival Veloso de França⁶⁹, acerca deste importante documento:

Com o avanço cada dia mais eloquente dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e o seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais. Assim, em tese, todo procedimento profissional nesse particular necessita de uma autorização prévia. Isso atende ao princípio da autonomia ou da liberdade, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo caminho que quer dar a sua vida.

Desse modo, a ausência desse requisito pode caracterizar infrações aos ditames da Ética Médica, a não ser em delicadas situações confirmadas por iminente perigo de vida.

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.

Para corroborar tal assertiva, o Conselho Federal de Medicina publicou a Recomendação n 1/2016⁷⁰ que dispõe sobre o processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido para assegurar o esclarecimento claro, pertinente e suficiente acerca das justificativas, objetivos esperados,

⁶⁹ Op. cit., p. 48.

⁷⁰ Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf Acesso em 22 mar. 2023.

benefícios riscos e demais elementos necessários para a tomada de decisão segura:

- a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva.
- b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido).
- c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.
- d) Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12 e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados.
- e) O paciente, ou seu representante legal, após esclarecido, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico assistente.

Além de se evitar o consentimento genérico haverá também ao médico a obrigação de “esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”, previsto no artigo 13 do Código de Ética Médica⁷¹, com o fito do cumprimento de seu papel social, já que a medicina não se limita apenas a buscar o melhor tratamento da doença. Faz parte também da atuação do profissional médico o diálogo com o paciente.

O atendimento deve ser humanizado, levando em conta não só o histórico de saúde física do paciente, mas inclusive sua condição psicológica.

Nesse sentido, não surge em vão a previsão disposta no Capítulo I, item II do Código de Ética Médica⁷², como um dos princípios fundamentais a guarda pela saúde do ser humano: “o alvo de toda a atenção do médico é a

⁷¹ Brasil. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> Acesso em 10 mar. 2023.

⁷² Brasil. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> Acesso em 10 mar. 2023.

saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Neste sentido, o zelo do médico para com o paciente é sem dúvida um dos pontos chave da relação médico-paciente, já que o cuidado com o paciente e a transparência da verdade dos fatos veiculada de forma a esclarecer o diagnóstico e as hipóteses de tratamento, sempre que alinhadas às expectativas relacionadas ao sucesso e aos riscos envolvidos, contribuem de forma significativa, para o afastamento de eventual responsabilização.

Atuando de forma técnica e também humana, certamente o profissional médico irá garantir a confiança tão necessária na relação médico-paciente, mitigando riscos em sua atuação profissional.

No tocante a indenização devida em caso de eventual dano, de acordo com o artigo 951⁷³ do Código Civil, a indenização devida pelo médico que causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou ainda inabilitá-lo ao trabalho abrange (i) o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; (ii) prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Nos casos de lesão ou outra ofensa à saúde, o pagamento das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁷³ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

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

E ainda, se a ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Observa-se assim o grande risco de eventual condenação a que estará sujeito o profissional médico quando no exercício de sua profissão causar dano a seu paciente. E sobre esse aspecto, importante destacar a necessidade para que este profissional faça a adequada gestão e controle dos riscos que envolvem sua atividade, como já exposto, para que, em caso de eventual decisão condenatória, tenha proteção financeira adequada que permita a continuidade do exercício profissional.

5 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Importante citar as exclusões da responsabilidade civil médica, hipóteses em que se rompe o nexo de causalidade ou é excluída a culpa do agente – neste caso, do médico, e, portanto, excluído o direito a qualquer indenização, já que um dos elementos de pressuposto da responsabilidade não estará mais presente.

São elas: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva do paciente, fato de terceiro e fato da técnica.

Caso fortuito e força maior são caracterizados pela imputação do dano a um evento imprevisível e/ou inevitável, como por exemplo, a inundação de um hospital em meio a cirurgia, ou ainda o corte de luz sem qualquer aviso antecipado pelo Governo.

O caso fortuito e força maior estão inclusive previstos no artigo 393⁷⁴ do Código Civil como hipóteses em que o devedor não responde pelos prejuízos causados, salvo se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

⁷⁴ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Como ensina Arnaldo Rizzardo⁷⁵ sobre o caso fortuito e força maior:

Segundo defendem alguns e acontece na prática, as expressões se equivalem ou são sinônimas sob os aspectos das consequências jurídicas. Elas aparecem, geralmente, juntas.

A sinonímia deriva de um caráter comum a ambas, que é a inevitabilidade do evento.

Agostinho Alvim nos ensina sobre o caso fortuito e a força maior⁷⁶:

A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos em que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonera-lo. Com maioria de razão o absolverá a força maior. Se sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou como alguns dizem, caso fortuito externo.

A doutrina faz uma diferenciação do caso fortuito entre o fortuito interno e o fortuito externo, via de regra aplicável nas relações de consumo.

O caso fortuito interno se caracteriza durante a elaboração do produto ou a execução do serviço, e não exime a responsabilidade civil do fornecedor.

Já o caso fortuito externo não se verifica no processo de elaboração do produto ou execução do serviço, é alheio à este, e neste caso, exclui a responsabilidade civil do fornecedor.

Carlos Roberto Gonçalves menciona que, com base na lição de Agostinho Alvim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem feito tal distinção. Somente o fortuito externo exclui a responsabilidade⁷⁷:

Modernamente, na doutrina e na jurisprudência se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo”(força maior, ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a cauda ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno, não.

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

⁷⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 353.

⁷⁷ Op. cit., p. 737.

Anderson Schreiber⁷⁸ trata sobre o fortuito interno, presente em relações de consumo, e que não há que se falar em exclusão da responsabilidade de fornecedores:

Assim, por exemplo, ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada teoria do *fortuito interno*, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado.

Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo quando imprevisível e irresistível. Em outros termos: aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem a qual se conserva a responsabilidade.

A culpa exclusiva da vítima, aqui culpa exclusiva do paciente, caracteriza-se por dano decorrente de conduta do próprio paciente, atraindo para si a responsabilidade pelo ocorrido e, por sua vez, afastando a responsabilidade do médico. Um exemplo seria a prestação de informações falsas capazes de comprometer o tratamento, ou não seguir a risca as orientações importantes do médico.

O fato de terceiro é caracterizado quando o dano advém de conduta de terceiro, ou seja, não atribuída ao médico nem ao paciente, mas a pessoa estranha neste relacionamento médico-paciente, sem que o médico tenha qualquer possibilidade de prever ou evitar.

Já a excludente relacionada ao fato da técnica é caracterizado quando uma técnica que, embora predominantemente benéfica, segura e com eficácia comprovada, ainda que executada adequadamente pelo médico, ocasionou o dano ao paciente, afastando a culpa do médico por sua inevitabilidade.

Quando afastado o nexo de causalidade ou a culpa do médico por uma das excludentes acima citadas, não resta caracterizada a responsabilidade civil pelo ato médico praticado e, portanto, exclui-se o dever de indenizar.

⁷⁸ Op. cit., p. 66-67.

Caroline Bellini A. De Paula ⁷⁹ reforça as excludentes de responsabilidade civil subjetiva, e faz pequena diferenciação com as causas de irresponsabilidade objetiva:

Ao considerar o âmbito dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, que engloba a ação ou omissão culposa do agente, o nexo causal entre a conduta culposa do agente e o dano, bem como a verificação do dano, a esfera de atuação das causas de irresponsabilidade abrange: (i) as justificadoras, que ilidem a ilicitude do ato, também denominadas causas de isenção, como a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade; (ii) a ausência de culpabilidade; e (iii) as excludentes do nexo causal.

(...)

Já na seara da responsabilidade civil objetiva, as causas de irresponsabilidade possuem seu campo de exercício restrito ao nexo causal entre a conduta e o dano, por não serem pressupostos da responsabilidade civil objetiva a ilicitude ou a culpabilidade do ato.

Os meios de defesa do responsável objetivamente restringem-se a provar uma das excludentes do nexo causal, limitando-se a demonstrar que não foi a causa do fato, ação ou omissão ensejadora do dano que lhe é atribuído.

A jurisprudência demonstra o reconhecimento de fatores externos, como caso fortuito decorrente da quebra de aparelho durante procedimento, não ensejam a responsabilização do médico, se forem adotados todos os meios adequados e necessários para o correto atendimento da paciente.

Neste caso a seguir destacado, não foram identificados indícios de imperícia, imprudência ou negligência. Pelo contrário, o médico avaliou outra forma de remover o fragmento da paciente, não cabendo tal fato constar de termo de consentimento, já que este tem o condão de informar o paciente a respeito de complicações inerentes a sua própria saúde:

Responsabilidade civil. Erro médico. Quebra de equipamento cirúrgico durante artroscopia, provocando a realização de nova incisão para retirada do fragmento, resultando numa segunda cicatriz. Médico réu que, de sua parte, não teve culpa pelo ocorrido, empreendendo as medidas adequadas tanto na artroscopia, quanto, especificamente, na retirada do fragmento. Demais réus, porém, que prestaram serviço defeituoso. Quebra do equipamento que perfaz fortuito interno. Danos morais e estéticos configurados, porém não arbitrados no patamar requerido na inicial. Sentença em parte revista. Recurso parcialmente provido.

⁷⁹ DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. *As Excludentes de Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo. Ed. Atlas, 2007, p. 88 e 89.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1036968-74.2021.8.26.0002. Relator Claudio Godoy. Julgado em 22 fev. 2023)

Resta claro no julgado destacado a ruptura do nexo de causalidade entre o ato médico e o dano do paciente, que é pressuposto da caracterização da responsabilidade civil, e afasta o dever de indenizar.

6 O CONTRATO DE SEGURO

Instituto que remonta à antiguidade há quem diga que o contrato de seguro já estaria presente entre os Fenícios que buscavam a proteção aos riscos inerentes a sua atividade marítima.

De acordo com o artigo 757⁸⁰ do Código Civil, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados mediante o pagamento do prêmio.

Depreende-se deste dispositivo ponto de extrema importância, na medida em que indica que, para que este tipo de contrato exista, haverá a necessidade de que o segurado esteja exposto a determinado risco, e que este risco seja incerto, mas que potencialmente possa ser convertido em dano.

Nas palavras de Orlando Gomes⁸¹ temos:

A noção de seguro pressupõe a de risco, isto é, o fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de um dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso. Verifica-se quando o dano potencial se converte em dano efetivo. Quando o evento que produz o dano é infeliz, chama-se sinistro. Assim, o incêndio. Tal evento é aleatório, mas o perigo de que se verifique sempre existe. Por isso se diz, com toda procedência, que o contrato de seguro implica transferência de risco, valendo, portanto, ainda que o sinistro não se verifique, como se dá, aliás, as mais das vezes.

⁸⁰ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

⁸¹ Op. cit., p. 505.

O risco nada mais é do que o evento futuro e incerto, que não se sabe efetivamente se irá ocorrer, e caso ocorra, poderá gerar danos.

Para que haja a garantia de interesse legítimo, deverá o segurado pagar o prêmio correspondente ao risco indicado, que nada mais é do que a contrapartida paga pelo segurado para ter direito à garantia, para que nasça ao segurador a obrigação para garantir o risco pretendido.

Conforme Maria Inês Oliveira Martins⁸²:

O seguro é um contrato pelo qual um sujeito, o segurador, se obriga, contra remuneração, a efectuar uma prestação caso ocorra um evento incerto apto a prejudicar um interesse de outro sujeito, o segurado¹⁻². Esta exposição do segurado à possibilidade de ocorrer um evento que lhe cause desvantagens pode designar-se por risco (numa das múltiplas acepções que a palavra tem). Uma vez que o segurador se obriga a prestar caso esse evento se materialize (i.e., no caso de sinistro), as consequências desvantajosas do sinistro são em termos práticos absorvidas pelo seu património — por isso se caracteriza economicamente o seguro como um mecanismo de transferência do risco para o património do segurador.

Para corroborar tal assertiva, vale preciosa lição de Orlando Gomes⁸³:

Verificado o evento a que está condicionada a execução da obrigação do segurador, presta ele a indenização, se o dano atingir o património do segurado; isto é, se for de coisas o seguro. Ao segurado compete o pagamento do prêmio, consistente em quantia ordinariamente parcelada no tempo.

Vale dizer que o carácter intrínseco do contrato de seguro reside na própria obrigação para a cobertura do risco para que o segurado não sofra prejuízo. Assim, continua Orlando Gomes⁸⁴:

O contrato de seguro origina para o segurador, como obrigação principal, a de cobrir o risco, e para o segurado, a de pagar o prêmio. A obrigação de cobrir o risco decorre da própria função do seguro, que consiste, como visto, na proteção do interesse do segurado em que se não verifique o acontecimento previsto no contrato, mas, em se verificando, que não sofra prejuízo.

⁸² PEREIRA, André Gonçalo Dias; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; DOMENECH, Javier Barceló; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. P. 292.

⁸³ Op. cit., p. 505.

⁸⁴ GOMES, Orlando. Brito, Edvaldo (coordenador). Azevedo, Antonio Junqueira de; Marino, Francisco Paulo de Crescenzo (atualizadores). *Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 520.

Como ensina Daniele de Strobel⁸⁵, o risco, considerado por muitos como objeto ou pressuposto deste contrato específico, é certamente o elemento essencial e caracterizador do seguro. Assim, para determinar o objeto do contrato, as teorias mais exigentes voltam atenção para o interesse em assegurar-se contra o risco.

José Vasques⁸⁶ cita que o risco deve ser concreto, devendo apresentar algumas perspectivas para sua existência, como: previsibilidade, mensurabilidade, ser quantificável e ser acidental:

O risco deve ser concreto: só se for possível definir rigorosamente os limites do risco poderá o mesmo ser avaliado, devendo o conhecimento do risco contemplar as seguintes perspectivas: a) previsibilidade: deve tratar-se de fenómeno conhecido do ponto de vista estatístico e do comportamento médio; b) mensurabilidade: só se for possível medir o risco é que este poderá ser convenientemente tarifado; c) quantificável: as consequências de sua verificação devem ser avaliáveis em dinheiro; d) acidental: o seguro fica sem efeito se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoa por quem seja civilmente responsável, isto é: a realização do risco deve ser fortuita, não dependente da vontade humana.

Jean Bigot⁸⁷ trata do contrato de seguro considerando seus três elementos essenciais: o risco, o prêmio e a indenização a ser paga pela seguradora (obviamente, caso o risco se concretize, e este coberto de acordo com as condições gerais, especiais e particulares do contrato celebrado entre as partes).

⁸⁵ DE STROBEL, Daniele. *L'Assicurazione di Responsabilità Civile*. Varese. Giuffrè Editore Milano, 1974, p.21: "Il rischio, ritenuto da molti l'oggetto o il presupposto dello specifico contratto, è certamente l'elemento essenziale e caratterizzante dell'assicurazione.

Per determinare l'oggetto del contratto teorie più esigenti spostano la loro attenzione sull'interesse a garantirsi dal rischio e ancora, notando la correlazione tra l'interesse a garantirsi, il rischio e la cosa, che costituisce l'elemento materiale e concreto, cui interesse e rischio si appuntano, sviluppano la semplice concezione accennata traendone una definizione complessa che contiene tutti e tre gli elementi ricordati (interesse, rischio, cosa)."

⁸⁶ VASQUES, José. *Contrato de Seguro: Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p.106.

⁸⁷ BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances: Le Contract D'Assurance*. Paris: LGDJ, 2002, p. 29-30: "D'après la jurisprudence, le contrat d'assurance comporte trois éléments: un risque, événement futur et incertain et indépendant de la volonté des parties, une prime, payée d'avance, et une prestation en cas de réalisation du risque.

On peut ramener le contrat d'assurance à ses éléments essentiels: la garantie d'un risque, en contrepartie du paiement d'une prime, l'assureur s'engageant à exécuter une prestation en cas de réalisation du risque."

O risco, como ensina Jean Bigot⁸⁸, seria o evento que tenha caráter aleatório, em seu sentido jurídico. E em seu sentido técnico, a quantificação desse risco.

A definição propriamente dita trazida por Jean Bigot⁸⁹ para risco é a do evento incerto que não depende da vontade das partes, nem mesmo do próprio segurado. É certamente a ocorrência de evento que desencadeia a eventual obrigação da seguradora em indenizar.

Sergio Cavalieri Filho⁹⁰ nos lembra da importância do seguro para o mundo econômico moderno não só como instrumento que viabiliza a preservação do patrimônio como é condição para o desenvolvimento da sociedade em proteção singular para suas atividades, das mais singelas e corriqueiras, até mesmo aquelas mais visionárias:

Poucos têm em exata dimensão a importância do seguro no mundo econômico moderno; mais do que meio de preservação do patrimônio, tornou-se, também, instrumento fundamental de desenvolvimento. Não fora a segurança que só o seguro pode dar, inúmeros empreendimentos seriam absolutamente inviáveis, dada a enormidade dos riscos que representam. Bastaria, por exemplo, uma única plataforma de extração de petróleo incendiada, ou apenas uma aeronave acidentada, para abalar irremediavelmente a estabilidade econômica das empresas que exploram tais tipos de atividade. O ataque terrorista, do dia 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, levou as seguradoras a pagarem mais de 60 bilhões de dólares de indenização. Mas, através do seguro, consegue-se socializar o dano, repartindo-o entre todos (ou muitos), de sorte a torná-lo suportável, por maior que ele seja. Além disso, o seguro movimentou bilhões de dólares anualmente, gerando riqueza e milhares de empregos em todo o País.

O sistema nacional de seguros privados está disposto no Decreto-lei 73 de 1966⁹¹, que regula os seguros e os resseguros, e a atividade securitária é fiscalizada pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, cuja

⁸⁸ Op. cit., p. 33: “L’acception juridique où le risque est un événement quelconque pourvu qu’il eût un caractère aléatoire, et l’acception technique, où il est la quantification de ce même aléa.”

⁸⁹ Op. cit., p. 35: “On peut définir le risque: un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, spécialement de celle de l’assuré. D’autres, sans le définir à proprement parler, insistent sur la pluralité de significations possibles. Il s’agit parfois de l’événement qui déclenche l’éventuelle obligation de l’assureur... D’autres fois c’est le bien lui-même, objet du contrat, qui le constitue... Enfin, il est l’objet de l’obligation de l’assureur, c’est-à-dire les conséquences, qu’il s’est engagé à comensar, d’un événement incertain atteignant une personne, un bien ou un patrimoine.”

⁹⁰ Op. cit., p. 462.

⁹¹ Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm Acesso em 15 abr. 2023.

competência é fiscalizar a constituição, organização e o funcionamento e operações das sociedades seguradoras.

O Código Civil traz a diferenciação entre o seguro de danos e o seguro de pessoas, tratando do seguro de danos a partir do artigo 778, e do seguro de pessoas a partir do artigo 789.

O seguro de danos visa cobrir danos materiais, patrimoniais. Já o seguro de pessoas abrange todos os seguros cujo objeto segurado é a incolumidade física ou a própria vida.

O seguro aqui estudado – o de responsabilidade civil, enquadra-se no seguro de danos, como adiante se verá.

6.1 As características do contrato de seguro

O contrato de seguro envolve o mutualismo – uma de suas características principais.

A definição de mutualismo consta inclusive no sítio da SUSEP⁹²:

É um dos princípios básicos do seguro.

Representa a contribuição de várias pessoas, expostas aos mesmos tipos de risco (massa de segurados), para a formação de um fundo comum, composto pela soma dos prêmios pagos à seguradora. Na ocorrência de um sinistro, será este fundo comum e mútuo que suportará as perdas.

Na essência, todos os participantes contribuem com um valor relativamente baixo, em relação ao bem segurado, para que a pessoa que tenha o prejuízo naquele período receba a indenização.

Conhecido com o princípio de "Um por todos e todos por um".

A CNSEG (Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização) inclusive lançou, em agosto de 2016, o Livreto “O Mutualismo como princípio fundamental do Seguro”⁹³, como forma de explicar esse importante

⁹² Definição de “mutualismo”. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/conteudo-do-glossario/m-n/m/mutualismo> Acesso em 15 mar. 2023.

⁹³ Livreto: “O Mutualismo como principio fundamental do Seguro”. Disponível em: <https://cnseg.org.br/data/files/7E/05/EF/E9/5DC4B61069CEB5A63A8AA8A8/Livreto%20Mutualismo.pdf> Acesso em 15 mar. 2023.

fundamento do setor, objetivando, além de explicar em linguagem fácil e acessível, fortalecer a noção de prevenção de riscos.

Importante consideração do Livreto transcreve-se a seguir:

A principal função de uma seguradora é organizar grupos de pessoas que estejam sujeitas a riscos comuns e que decidam administrar os efeitos econômicos desses riscos com a contratação de um seguro.

Para organizar o fundo mutual, a seguradora depende de cálculos atuariais e estatísticos que indiquem as probabilidades de ocorrência dos riscos de cujos efeitos econômicos adversos o grupo quer se proteger. Esses cálculos são realizados a partir da análise do risco e do diálogo sistematizado do estudo do risco com as estatísticas existentes a respeito dele.

Após analisar riscos e estatísticas, os atuários e estatísticos identificam as probabilidades e, com isso, conseguem determinar o valor da contribuição de cada segurado para a formação do fundo mutual.

(...)

E é correto afirmar que à atividade empresarial das seguradoras se deve o trabalho de organizar e gerir fundos mutuais, de forma que existam sempre recursos necessários para o pagamento de indenizações decorrentes de riscos que se materializarem durante o período de vigência do contrato de seguro.

Ao tratar do contrato de seguro, Silvio Rodrigues⁹⁴ ensina que há um mecanismo no contrato de seguro, sua razão de existir, sem o qual a atividade das seguradoras não existiria. Esse mecanismo é composto de dois elementos – a mutualidade dos segurados e o cálculo de probabilidades:

Mecanismo do contrato de seguro. – Se o segurador assumisse sozinho o risco de pagar a indenização pelo sinistro, sua atitude seria quase insensata, pois, ocorrendo aquele, teria que absorver enorme prejuízo(...)

Entretanto, o seguro é coisa diferente, pois jamais se apresenta, em face do segurador, como um contrato isolado. Aliás, no contrato de seguro encontram-se sempre dois elementos que explicam o seu mecanismo e demonstram o alto interesse social desse negócio. Tais elementos são: a) a mutualidade dos segurados, e b) o cálculo de probabilidades.

Bruno Miragem e Luiza Petersen⁹⁵ em sua obra também tratam do mutualismo e da probabilidade estatística necessária para a previsão dos sinistros pelas seguradoras, além de ressaltar o seguro como instrumento de administração de riscos na sociedade, que envolve o compartilhamento de riscos entre o grupo de segurados:

⁹⁴ Op. cit., p. 342.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. PETERSEN, Luiza. *Direito dos Seguros*. Rio de Janeiro. Forense, 2022, p.49.

O seguro constitui um dos principais instrumentos de administração do risco na sociedade contemporânea. Sob a perspectiva da operação individualmente considerada, ou seja, que envolve segurado e segurador, opera a transferência do risco de um sujeito para outro. Mediante o recebimento de uma contraprestação, o segurador garante as consequências patrimoniais de determinado risco que ameaça interesse legítimo do segurado. O risco patrimonial, então, passa da esfera do segurado para ser garantido pelo segurador. A operação de seguros, desse modo, envolve a transferência do risco, porém a isso não se restringe. Ao contrário, estrutura-se em um complexo sistema de gerenciamento do risco que combina a técnica da sua divisão e outros múltiplos métodos que visam sua redução. Considerada globalmente, em atenção aos múltiplos contratos que envolvem segurador e segurados, a operação de seguros assenta-se, fundamentalmente, no compartilhamento do risco entre o grupo de segurados (técnica da mutualidade) e na previsão dos sinistros do grupo pela probabilidade estatística e a Lei dos Grandes Números (técnica atuarial).

E continuam Bruno Miragem e Luiza Petersen⁹⁶ com citação específica sobre o funcionamento do mutualismo de forma bastante simples e esclarecedora:

Aplicada ao seguro, a mutualidade permite a repartição das perdas dos sinistros, ou seja, do custo dos sinistros, entre o grupo de segurados. Ademais, ocorre de forma prévia ao sinistro, por meio do cálculo e pagamento antecipado do prêmio. Nesse âmbito, a técnica da mutualidade opera mediante a constituição de um grupo de segurados relativamente homogêneos, expostos a riscos semelhantes, e alocação dos prêmios pagos em um fundo comum, do qual sairão os recursos para pagamento dos sinistros futuros, que possam atingir qualquer um dos integrantes do grupo. Desse modo, permite a diluição dos riscos garantidos pelo segurador, visto que o custo das importâncias pagas em caso de sinistro é diluído no grupo de segurados e compensado pela contribuição daqueles que não foram afetados.

A respeito da técnica atuarial que envolve a probabilidade estatística, explicam Bruno Miragem e Luiza Petersen⁹⁷, trazendo entendimento sobre o cálculo de perdas futuras das seguradoras:

Com base na probabilidade estatística, também conhecida como probabilidade *a posteriori*, que se estabelece a partir da observação das ocorrências passadas, o segurador estima as perdas futuras do grupo segurado, prevendo, de forma aproximada, a probabilidade de sinistros (frequência), assim como a severidade dos sinistros (custo médio). Dessa previsão resulta a descoberta do risco médio (média de sinistro) do grupo segurado. A precisão dessa estimativa passa pela análise do maior número de casos possíveis. A Lei dos Grandes Números permite que o segurador calcule a probabilidade de sinistro, pois seu emprego faz com que eventos imprevisíveis individualmente se tornem previsíveis, quando observados coletivamente.

⁹⁶ Op. cit., p. 50.

⁹⁷ Op. cit., p. 51-52.

(...)

Segunda a técnica da dispersão dos riscos, o segurador deve buscar garantir, tanto quanto possível, riscos isolados, de modo que um evento não afete todo o grupo segurado, ou grande parte deste, ao mesmo tempo.

Também em Portugal, Pedro Pais de Vasconcelos⁹⁸ explica sobre o cálculo do prêmio e o mutualismo:

O cálculo do prêmio é feito em função da cobertura de risco contratada e com recurso à taxa de risco dessa mesma cobertura. Embora o contrato de seguro seja considerado isoladamente como um contrato aleatório, os seguros são sempre contratados em massa, e na sua contratação global, o conjunto dos prêmios deve corresponder aproximadamente ao valor das quantias pagas em consequência dos sinistros. O segurador está permanentemente a receber um fluxo importante de dinheiro proveniente dos prêmios e sempre a gastar um fluxo aproximadamente importante correspondente aos pagamentos dos sinistros. Se receber mais prêmios do que pagar sinistros, ganha; na inversa, perde. Entretanto, mantém reservas avultadíssimas, que cobrem os riscos assumidos e que simultaneamente potenciam ganhos financeiros, que serão maiores ou menores consoante o mercado financeiro e a gestão que dos ativos financeiros for feita. Os seguradores ganham ou perdem em duas áreas do negócio: na relação entre prêmios e sinistro e na gestão financeira das suas reservas. Com este mecanismo, o seguro, opera a mutualização do risco. Todos os tomadores dos seguros pagam um certo prêmio e o risco segurado é suportado por todos, incluindo o próprio. O segurador funciona, assim, como gestor de um fundo de mutualização.

Portanto, o seguro é uma ciência atuarial, e as seguradoras devem compor diversas provisões técnicas obrigatórias, conforme norma expedida pelo Conselho Nacional de Seguros Privados -CNSP⁹⁹, para garantir a solvência de suas operações, e impor o equilíbrio financeiro ao mercado segurador. Necessário inclusive que cada seguradora nomeie um atuário responsável técnico, que será responsável pelo cálculo das provisões técnicas, pelas notas técnicas atuariais elaboradas e pelas informações atuariais que devem ser apresentadas recorrentemente à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

⁹⁸ Barbosa, Mafalda Miranda; Muniz, Francisco - Coordenadores. De Vasconcelos, Pedro Pais. *Responsabilidade Civil: Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico | Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2018. p. 260.

⁹⁹ CNSP – Resolução nº 432 de 12 de novembro de 2021: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/26963> Acesso em 21 abr. 2023.

Sobre as reservas técnicas, Bruno Miragem e Luiza Petersen¹⁰⁰ fazem importante reflexão sobre a importância da constituição das reservas técnicas pelas seguradoras:

As reservas técnicas, ou provisões técnicas, exercem papel importante na prevenção e controle dos riscos garantidos e operacionais da atividade de seguro. Compreendem, em sentido amplo, os diversos fundos constituídos pelo segurador, por exigência regulatória ou não, “para a garantia de suas operações”, visando assegurar tanto a sua “estabilidade econômico-financeira” como a disponibilidade de recursos para pagamento aos segurados em caso de sinistro.

A instrumentação contratual se dá por meio da apólice, precedida de proposta, como adiante se verá. O contrato de seguro determinará os termos e condições para que, uma vez verificada a ocorrência do evento incerto e imprevisto, e com o cumprimento de todas as condições contratuais pactuadas, a seguradora pagará a indenização ao segurado decorrente do dano efetivo.

O contrato de seguro é bilateral, dada a reciprocidade de obrigações. De um lado, o segurado, que deve efetuar o pagamento do prêmio do seguro (ou preço do seguro), e de outro, a seguradora (que se obriga a garantir os riscos predeterminados). Do mesmo modo é oneroso, já que presentes tais obrigações, além de criar benefícios e vantagens para ambos os contratantes.

Ainda, como ensina Arnaldo Rizzardo¹⁰¹:

Trata-se de um contrato bilateral, dada a reciprocidade das obrigações. É essencialmente aleatório, considerando que o segurador aceita os riscos sem uma correspondência entre as prestações recebidas e o valor que está sujeito a satisfazer. Mais que isto, o ganho ou a perda dos pactuantes depende de circunstâncias futuras e incertas.

É aleatório, pois depende da sorte (alea), considerando que uma das partes está sujeita ao risco (no caso, a seguradora), que depende de coisa ou fato futuro, para que ocorra o pagamento da indenização.

Definição importante de Paulo Lôbo¹⁰² sobre o contrato aleatório:

¹⁰⁰ Op. cit., p. 53.

¹⁰¹ Op. cit., p. 847.

¹⁰² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: ed. Saraiva, 2011. p. 102.

Contratos aleatórios são contratos bilaterais, nos quais uma das prestações está sujeita a risco, total ou parcial, de vir a existir ou não. São também conhecidos como contratos de risco. Na vida econômica contemporânea, assumiram enorme importância, em razão dos contratos de futuro ou das especulações financeiras com as mercadorias de futuro. Contrapõem-se aos contratos comutativos, cuja prestação e contraprestação são determinadas e não sujeitas a risco.

Portanto, esta bilateralidade nasce de relação obrigacional contraída entre duas partes de comum acordo para objeto pré-estabelecido, com direitos e obrigações mútuas, que nas palavras de Orlando Gomes¹⁰³ temos:

O seguro é, portanto, contrato sinalagmático. Está classificado, outrossim, na categoria dos contratos aleatórios. Por sua própria finalidade encerraria a probabilidade de trazer proveito apenas para o segurador. Se o sinistro não ocorre, nada tem ele que pagar ao segurado, embora haja recebido o prêmio.

Preciosa lição de Silvio Rodrigues¹⁰⁴, sobre a comutatividade e aleatoriedade do contrato:

Comutativo é o contrato bilateral e oneroso, no qual a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa. Assim, por exemplo, a locação da coisa. O locador pode, desde logo, verificar a importância que deve receber, enquanto o locatário, por sua vez, conhece o objeto cujo uso pacífico lhe será assegurado.

Aleatório é aquele contrato bilateral e oneroso em que pelo menos uma das partes não pode antecipar o montante da prestação que receberá, em troca da que fornece. Compra-se um risco, como no exemplo do seguro, em que o segurado, em troca do prêmio, pode vir a receber a indenização, se advier o sinistro, ou nada receber, se o mesmo inoocorrer.

Ao tratar dos contratos aleatórios, Silvio Rodrigues¹⁰⁵ menciona que existe uma álea no negócio, que pode ser total ou parcial:

O objeto do negócio está ligado à idéia de risco. Isto é, existe uma álea no negócio, podendo daí resultar um lucro ou uma perda para qualquer das partes.

Essa álea pode ser total ou parcial, isto é, a desproporção entre as prestações pode ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando alguém oferece sua prestação sem nada receber em troca, como na *emptio spei* quando se frustra a prestação, ou no caso do seguro quando inadvem o

¹⁰³ Op. cit., p. 518.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.31.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 122.

sinistro. A álea é relativa quando, embora desproporcionados os montantes, cada uma das partes fornece alguma prestação.

Especificamente sobre o contrato de seguro, Silvio Rodrigues¹⁰⁶ ensina que é contrato aleatório pois nenhum dos contratantes pode antever o que irá receber ao final. Todavia, ao falar em específico do segurador, observa que frente ao grande número de contratos celebrados, não é aleatório, o que não ocorre ao observar apenas um único contrato:

Aleatório, como vimos, porque há desigualdade entre as prestações dos contratantes e porque nenhum deles pode antever, no momento do negócio, aquilo que vai receber a final.

Observei acima que o contrato de seguro não é aleatório para o segurador. Tal asserção é verdadeira em relação a este contratante, quando se encara o conjunto de negócios de que participa. Porém, se se tem em vista apenas um contrato, a álea está presente, pois é possível que, em troca de um modesto prêmio recebido, tenha o segurador que pagar uma indenização enorme.

José Vasques¹⁰⁷ traz também a caracterização da aleatoriedade ao contrato de seguro, uma vez desconhecida a vantagem patrimonial que dele emergem as partes, ou seja, o desconhecimento que está na base da álea:

Os contratos aleatórios (por oposição aos não-aleatórios ou comutativos) são uma classificação dos contratos onerosos. Diz-se que um contrato é aleatório quando, no momento da sua celebração, são desconhecidas as vantagens patrimoniais que dele emergem as partes. O desconhecimento que está na base da álea referida deve, no entanto, ser da própria natureza do contrato em causa, de tal forma que este não fizesse sentido se não existisse a tal incerteza. A álea pode ser unilateral ou bilateral, consoante envolva a posição de apenas uma das partes, ou de ambas. Assim, o contrato de seguro é um contrato unilateralmente aleatório.

Jean Bigot¹⁰⁸ trata da aleatoriedade como elemento de acaso, de incerteza, uma chance de ganho ou perda para os interessados. E assim,

¹⁰⁶ Op. cit., p. 346 e 347.

¹⁰⁷ Op. cit., p.105.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 61: “Le terme aléa qui, dans la langue latine désignait le jeu de dés recouvre un élément de hasard, d’incertitude, qui introduit dans l’économie d’une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l’essence de certains contrats. Le Code civil oppose les contrats commutatifs et les contrats aléatoires. Il consacre aux contrats aléatoires deux dispositions qui apparemment ne se recoupent pas complètement. D’après l’article 1104 du Code civil, le contrat est aléatoire lorsque l’équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d’après un événement incertain.”

menciona que o contrato é aleatório quando consiste na chance de ganho ou perda de cada uma das partes, como evento incerto.

Arnaldo Rizzardo¹⁰⁹, ao conceituar o contrato aleatório, cita inclusive o contrato de seguro de vida como exemplificativo a esta classificação de contrato:

Aleatório é o contrato no qual uma ou ambas as prestações apresentam-se incertas, porquanto a sua quantidade ou extensão fica na dependência de um fato futuro ou imprevisível, o que torna viável venha a ocorrer uma perda, ou um lucro para uma das partes.

A incerteza do resultado é o fator que caracteriza a espécie. Quanto muito, há a possibilidade de uma das partes envolvidas receber a prestação avençada. O acontecimento futuro, ou a “alea”, é incerto, mas previsível.

Em síntese, a correlação entre a prestação e a contraprestação não vem definida no ato do negócio, podendo nunca existir, pois o evento esperado subordina-se a uma circunstância casual. Mas não é requisito que o objeto do negócio seja necessariamente futuro, ou se realize no futuro. Basta que se afigure como desconhecido. Uma das partes assume um risco, não lhe cabendo a pretensão de rescindir o pactuado se o resultado positivo que equilibraria a prestação paga não se realiza.

Cita-se, como exemplo desse tipo de contrato, o seguro de vida e acidentes, no qual, em morrendo a pessoa, ocorrerá o pagamento do valor previsto; ou acontecendo o acidente, receberá a vítima e titular do bilhete a satisfação das despesas resultantes.

Observa-se que a incerteza da ocorrência do evento é o que caracteriza a aleatoriedade, de modo que o entendimento majoritário dos doutrinadores é que de fato, o contrato de seguro é aleatório, posto que presente a álea.

É contrato formal, pois é emitida a apólice, certificado ou bilhete para sua formalização, ou ainda se prova com o comprovante de pagamento do prêmio.

É de adesão, considerando que não há discussão de suas cláusulas, sendo concretizado pela aceitação destas.

Clareza ímpar e de forma sucinta a lição de Orlando Gomes¹¹⁰ resume muito bem esses pontos:

O contrato de seguro é bilateral, simplesmente consensual, aleatório e de adesão.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 76-77.

¹¹⁰ Op. cit., p. 505.

Conquanto a obrigação do segurador seja condicional, há interdependência das obrigações que gera tanto para uma como para a outra parte. Obriga-se o segurado a pagar o prêmio. Do cumprimento dessa obrigação depende o seu direito a exigir do segurador o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o acontecimento a que se subordina a obrigação deste. Assim, o segurado é devedor de dívida certa e credor de dívida condicional (Planiol e Ripert). O contrato é simplesmente consensual, a despeito de ser obrigatória a forma escrita. Não é mister, com efeito, a prática de qualquer ato por parte dos contratantes para que se aperfeiçoe. Basta o consenso manifestado pela forma própria.

Conforme defende Daniele de Strobel¹¹¹, o contrato de seguro é uma transação bilateral e sinalagmática, sendo as obrigações das partes recíprocas. Tem por causa a necessidade de se proteger do risco de um acontecimento futuro e incerto, que poderá dar origem ao seguro de responsabilidade civil.

Desta forma, continua Daniele de Strobel, o objeto do contrato é a transferência do risco, ou melhor, das possíveis consequências de natureza patrimonial que a ocorrência do risco possa determinar. O acordo pode ser celebrado sem formalidades particulares: de fato, o documento escrito é exigido apenas para efeito de comprovação da formação e existência do negócio, ou como sucede para a propensão e existência do negócio.

Também é de execução sucessiva ou continuada, uma vez que subsiste durante um período de tempo, sua execução se realiza escalonadamente.

O caráter de execução sucessiva ou continuada advém da proteção aos interesses mútuos para a não ocorrência do sinistro cuja proteção restará evidenciada na medida em que a álea dos riscos se concretize e o dano efetivo seja realizado, momento em que o segurado terá alcançado seu direito contratual e protegido seu patrimônio, quer atrelados a danos diretos ou

¹¹¹ Op. cit. p. 52: “È negozio bilaterale e sinallagmatico, essendo reciproche le obbligazioni delle parti; ha come causa (almeno stando alla opinione da noi accettata) il bisogno di tutelarsi dal rischio di un evento futuro ed incerto, che possa far sorgere per l'assicurazione della responsabilità civile, l'obbligazione patrimoniale che può derivare da un fatto illecito.

Oggetto del contratto è il trasferimento del rischio o meglio delle possibili conseguenze di natura patrimoniale, che l'avverarsi del rischio può determinare. L'accordo può essere raggiunto senza particolari formalità: lo scritto infatti è richiesto solo ai fini della prova della formazione e della sussistenza del negozio, oppure come avviene per la prona e della sussistenza del negozio, oppure come avviene per la proposta, per dare alla manifestazione di volontà una efficacia vincolativa per un certo lasso di tempo (15 giorni).

relacionados a danos de terceiro, quando relacionados a sua conduta como determinantes para a ocorrência.

Nesse sentido Orlando Gomes¹¹² explica que:

Conforme a doutrina que se aceite quanto à função do seguro, o contrato poderá ser classificado como de execução diferida ou continuada. Se a obrigação do segurador consistisse no pagamento da indenização ao se verificar o sinistro, é evidente que se trataria de contrato de execução diferida, dado que o evento a que se condicionasse tal pagamento haveria de ser futuro. Se sua obrigação consiste, entretanto, em proteger o interesse do segurado de não sofrer prejuízo em consequência de determinado acontecimento, então é um contrato de duração, por isso que tal obrigação perdura enquanto o contrato vige. Durante o curso da relação, o segurador, continuamente, suporta o risco que lhe foi transferido pelo segurado.

E finalmente, é de boa-fé, pois é elemento indispensável durante toda a vigência do contrato, como adiante se verá.

Com essas considerações podemos destacar os três elementos essenciais, trazidos por Sérgio Cavalieri Filho¹¹³:

Três são os elementos essenciais do seguro - risco, a mutualidade e a boa-fé, elementos, estes, que formam o tripé do seguro, uma verdadeira trilogia, uma espécie de santíssima trindade.

Risco é perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro.

Chegamos, finalmente, ao terceiro e mais importante elemento do seguro - a boa-fé, que é também o seu elemento jurídico. Risco e mutualismo jamais andarão juntos sem a boa-fé. Onde não houver boa-fé o seguro se torna impraticável.

No seu art. 1.443 dizia expressamente que "o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernente". Essa norma, como não poderia deixar de ser, vem expressa no art. 765 do Código Civil de 2002. Desta forma, a boa-fé, que para os demais contratos é um princípio geral a ser observado (art. 422), no contrato de seguro continua sendo elemento legal expresso e essencial ao seu perfazimento.

Desta feita, são elementos essenciais do contrato de seguro o risco, enquanto objeto de transferência para a possibilidade de dano futuro que não dependa da vontade das partes, a boa-fé, como princípio geral a ser

¹¹² Op. cit., p. 519.

¹¹³ Op. cit., p. 462.

observado, e finalmente o mutualismo, que representa a contribuição de várias pessoas expostas aos mesmos tipos de riscos.

6.2 Os requisitos do contrato de seguro

Sobre os elementos constitutivos dos contratos, Silvio Rodrigues¹¹⁴ nos ensina de forma simples quais são: “Vimos, então, serem elementos constitutivos do ato jurídico: a) a vontade manifestada através da declaração; b) a idoneidade do objeto; c) a forma, quando da substância do ato”. E, quanto aos pressupostos de validade dos contratos, continua:

Verificamos, também, constituírem seus pressupostos de validade: a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio; b) a liceidade do objeto; c) a obediência à forma, quando prescrita em lei.

O fator novo, elementar ao conceito de contrato, é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.

(...)

No contrato, porém, dado seu caráter sinalagmático, é mister a existência da manifestação coincidente da vontade de duas ou mais partes. Em regra, apresentam-se dois contratantes, com interesses opostos, que através da convenção se compõem.

Sobre a capacidade das partes, Arnaldo Rizzardo cita¹¹⁵:

Sobressai, em primeiro lugar, a capacidade dos contratantes. Qualquer pessoa pode contratar se for capaz, dentro da ordem dos artigos 166, inc. I, e 3 (arts. 145, inc. I, e 5, do Código aprovado pela Lei n. 3.071), Por outras palavras, não permite a lei que participem da relação contratual os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.

Sobre os elementos do contrato de seguro, Silvio Rodrigues¹¹⁶ trata o tema abordando-os de forma objetiva: “Analisando os elementos do contrato de seguro, poderemos, talvez, melhor compreendê-lo. Tais elementos são o segurador, o segurado, o risco, o prêmio e o instrumento do negócio, isto é, a apólice”.

¹¹⁴ Op. cit., p. 13.

¹¹⁵ Op. cit., p. 11.

¹¹⁶ Op. cit., p. 347.

Maria Helena Diniz¹¹⁷ trata dos requisitos do contrato de seguro e os divide em subjetivos, objetivos e formais.

Sobre os requisitos subjetivos, trata-os nos seguintes termos:

Subjetivos: Segurador deve ser pessoa jurídica, devidamente autorizada pelo governo federal para operar no ramo (Dec-Lei n. 2.063/40 art. 1; Dec n. 60.459/67, arts. 42, parágrafo único, e 48; CC, art 757, parágrafo único).

Segurado deverá ter capacidade civil.

As partes no contrato de seguro são definidas por aqueles em que proporcionam a garantia de interesse legítimo e são definidos como seguradores, e, os que objetivam a proteção contratual para determinada garantia, chamados de segurados.

Orlando Gomes¹¹⁸, sobre as partes no contrato de seguro, nos ensina que:

As partes no contrato de seguro chamam-se segurador e segurado. Ao segurador compete pagar a quantia estipulada para a hipótese de ocorrer o risco previsto no contrato, salvo se, no seguro de dano, houver sido convencionada a reposição da coisa. Ao segurado assiste o direito de recebê-la, se cumprida a sua obrigação de pagar a contribuição prometida, que se denomina prêmio.

Quanto a seguradora, impõe ressaltar, por mais óbvio que pareça, somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada, conforme estipula o parágrafo único do artigo 757¹¹⁹ do Código Civil.

Do mesmo modo, o Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966 em seu artigo 24¹²⁰ dispõe que poderão operar em seguros privados apenas

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 4 Volume. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 460.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. BRITO, Edvaldo (coordenador). AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo (atualizadores). *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 505.

¹¹⁹ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

¹²⁰ Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966:

Art 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm Acesso em 15 abr. 2023.

sociedades anônimas devidamente autorizadas, cabendo à Superintendência de Seguros Privados, nos termos do artigo 36¹²¹, processar os pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos estatutos das seguradoras.

Quanto aos requisitos objetivos, complementa Maria Helena Diniz¹²², indicando tratarem-se da liceidade e possibilidade do objeto, além do valor do objeto a ser segurado:

Objetivos: Liceidade e possibilidade do objeto, que é o risco descrito na apólice (CC, arts 757 e 762).

Valor do objeto deve ser determinado (CC, arts. 778, 789, 766, 782; Dec-Lei 73/66, art. 22).

Nesse mister, objeto lícito para qualquer pacto contratual é *conditio sine qua non*, e que esta liceidade esteja refletida na possibilidade do objeto a ser segurável, i.e. por danos causados pela prestação de serviços profissionais médicos pelos quais o segurado seja responsabilizado civilmente e dentro dos termos pactuados no contrato de seguros com suas coberturas, limitações e excludentes.

Ainda, no que se refere ao valor determinado do objeto contratual, deverá conter o limite máximo de garantia segurável em que o segurado contará com proteção de sua apólice de seguro uma vez determinado o cumprimento de suas condições para liquidações de valores indenizáveis.

E ainda, no que se refere aos requisitos formais indicados por Maria Helena Diniz¹²³, é contrato formal por exigir documento para ser obrigatório.

Assim, é formal, pois é emitida a apólice, certificado ou bilhete para sua formalização, ou ainda se prova com o comprovante de pagamento do prêmio.

¹²¹ Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966:

Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm Acesso em 15 abr. 2023.

¹²² Op. cit., p. 460.

¹²³ Op. cit., p. 460.

Precedida não só por proposta escrita (instrumento que formaliza o interesse do proponente em contratar o seguro) com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco, como também a formalização necessária das condições contratuais que determinem escopo de cobertura, limites, prazos, condições, restrições e excludentes, a contratação de apólice de seguros é contrato formal.

Arnaldo Rizzardo¹²⁴ trata dos elementos do contrato de seguro, mencionando a apólice e informações nela contidas, dentre outros elementos, como o valor do objeto ou limite da garantia:

O art. 760 (art. 1.434 do Código revogado) discrimina os elementos que deverão estar presentes no contrato: “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.”

Mais amplamente, segundo a prática revela, conterà o contrato as condições gerais, inclusive as vantagens previstas pelo segurador; consignará os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia, o prêmio devido, o nome do segurado e o do beneficiário, se for o caso, além de outros dados, como o valor do objeto do seguro, que, na verdade, se confunde com o limite da garantia, a caducidade e a eliminação ou redução dos direitos do segurado ou beneficiários, bem como o quadro de garantias prometidas.

Reputa-se formado com a emissão da apólice, mesmo que o início de sua vigência date de momento diverso.

(...)

O valor do objeto ou o limite da garantia é outro elemento. Servirá a fixação de base para o cálculo da indenização a ser paga ao contratante, se concretizar-se, o risco assumido.

Observa-se, pois, que estando presente os requisitos de validade do contrato, como identificados acima, e os elementos do contrato de seguro, o contrato de seguro se forma e se torna válido, tornando-se lei entre as partes.

Poderão ainda as seguradoras operar em seguros para os quais tenham a necessária autorização, e servir-se de instruções, circulares e resoluções aplicáveis para cada ramo de seguro, conforme o caso, emanadas pela Superintendência de Seguros Privados e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados. Trata-se de mercado extremamente regulado.

¹²⁴ Op. cit., p. 848.

Nesse sentido busca Maria Helena Diniz¹²⁵ aclarar a particularidade contida em um mercado específico de riscos, bem regulado, com suas características e regras próprias. O fato da restrição legal imposta aos participantes que objetivam operar riscos predeterminados e dentro de fortes regramentos prescinde do cumprimento de uma série de regras especialmente quanto a determinação para que essas instituições tenham, para operarem no mercado de seguros, obrigatoriamente, valores mínimos em caixa para liquidação imediata, sempre que necessário, baseados nos limites técnicos operados e aprovados pela Superintendência de Seguros Privados para cada tipo de produto e exposição a ser comercializada.

Trata-se de procedimento regular em alguns casos a coparticipação de seguradores para a emissão de determinado risco. Este fato surge da própria avaliação quanto a assunção de risco pré-determinados ou até mesmo relacionada a própria vontade do segurado no sentido de entender necessária a distribuição de risco entre seguradores de sua confiança e que foram previamente avaliados, especialmente nos aspectos relacionados a expertise do risco a ser emitido, capacitação técnica de suas equipes e limites técnicos habitualmente trabalhados por cada segurador.

Nesse sentido, tem-se a emissão da apólice realizada por uma única seguradora, com as informações previamente negociadas e pactuadas, contidas no frontispício para indicar os valores a serem garantidos e a participação, dentro desses valores, a serem atribuídos a cada instituição seguradora.

Esse tipo de colocação de risco é mais utilizada para riscos corporativos, em que os valores de proteção securitária habitualmente são mais expressivos.

Assim, em caso de sinistro, deverá o segurado dar notícia imediata ao segurador emissor da apólice para início das avaliações e apuração dos fatos para o enquadramento do evento noticiado e sua aplicabilidade no contrato de seguro e quantificação de prejuízos que levarão, uma vez comprovada a condição de cobertura na apólice, aos trâmites para liquidação indenitária.

¹²⁵ Op. cit., p. 460.

Sobre a relação entre os cosseguradores, Maria Helena Diniz¹²⁶

finaliza:

Não há, em regra, solidariedade do co-segurador perante o segurado (RT, 308:231), mas pelo CC, art. 761, o segurador-administrador pode ser acionado, por representar os demais, tendo ação regressiva contra eles.

Não havendo solidariedade entre os cosseguradores, todo o processo caberá à seguradora líder, aquela emissora do risco, para ajustamento das apurações e tratativas com os parceiros de risco em cosseguro para que a aprovação e liquidação se dê dentro da forma e dos prazos legais.

Para sinistros de baixa e média complexidade, em que os seguradores habitualmente trazem suas considerações em caráter uníssono, é possível que, findada a regulação do sinistro, a liquidação da indenização se dê diretamente e em sua integralidade pela seguradora líder, que tratará em seguida, do ressarcimento da cota parte de responsabilidade da cosseguradora.

Vale frisar que tal resolução se dará por liberalidade da seguradora, que ainda que não haja solidariedade, aplica critérios para identificação de assunção voluntária para liquidação de obrigação integral para ressarcimento posterior com as congêneres.

Nesses casos, o segurado receberá diretamente o valor total da indenização validada da seguradora que emitiu sua apólice, não havendo assim a necessidade de postulações adicionais para os demais participantes do risco.

Ainda sobre a inexistência de solidariedade, destaca Maria Helena Diniz¹²⁷: “Não há vínculo entre o segurado e o órgão ressegurador (Decreto-Lei nº 73/66, art. 64)”.

Da mesma forma ao acima exposto, poderá a critério do segurador, olhando aqui também para o apetite de risco a ser assumido para determinada emissão, contratar sua proteção de resseguro para potenciais perdas relacionadas ao contrato emitido.

¹²⁶ Op. cit., p. 460.

¹²⁷ Op. cit., p. 460.

Este tipo de contratação, mais comum para os seguros de danos relacionados a grandes riscos ou carteiras de seguros, mas também presente nas apólices de responsabilidade civil profissional médica, caberá ao segurador, avaliar não só seu limite técnico de exposição para cada tipo de risco, como também definir com base em critérios de aceitação para as características próprias de cada emissão, sua exposição financeira a ser retida e o montante de repasse aos novos participantes de risco em resseguro.

Estes, por sua vez, se assim o entenderem, poderão realizar operação análoga, e repassar parte do que foi assumido em resseguro, a outros resseguradores em retrocessão do risco primário garantido para com o segurado.

Neste caso, pode-se observar estruturas mais complexas relacionadas a alocação de riscos, tendo inclusive maior flexibilidade para a adequação dos clausulados nos chamados modelos feitos sob medida às necessidades do segurado, grife-se, respeitadas a estrutura de formação e características típicas e aprovadas para cada risco a ser comercializado.

A semelhança da dispersão de risco primário alocado em participação de cosseguro, o vínculo do segurado também se dá única e exclusivamente a entidade emissora do risco, não tendo assim potenciais postulações a serem feitas diretamente aos resseguradores.

Sobre o cosseguro e resseguro, ambos estão relacionados a pulverização de riscos e são importantes e necessários instrumentos, inclusive para atender a regras regulatórias existentes sobre limites de retenção de riscos por seguradoras, conforme lecionam Bruno Miragem e Luiza Petersen¹²⁸:

A pulverização dos riscos constitui a técnica pela qual o segurador, visando limitar a sua obrigação no tocante à garantia de determinado interesse, distribui os riscos inerentes a essa mesma garantia no mercado segurador, por exemplo, o cosseguro e o resseguro. Em ambos os casos, o risco que excede a capacidade de retenção do segurador é absorvido no mercado, seja por outro segurador (cosseguro) ou pelo ressegurador (resseguro). Viabilizam, assim, a garantia de grandes riscos, a qual, muitas vezes, não é possível por um único segurador.

¹²⁸ Op. cit., p. 52.

Importa ainda citar que, nos seguros de danos, a garantia prometida ou seja, o valor do objeto do seguro, não pode ultrapassar, em hipótese alguma, o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato.

Evidentemente não pode o segurado receber valor além do bem a ser segurado, sob pena de estar-se diante do enriquecimento ilícito do segurado, e portanto, sujeito inclusive a ação penal que no caso couber, nos termos do artigo 778¹²⁹ do Código Civil, já que o objetivo do seguro é tão somente repor o bem ou ressarcir o dano.

Em outras palavras, o seguro visa indenizar o dano, e não obtenção de lucro pelo segurado.

Por isso o artigo 781¹³⁰ do Código Civil é claro ao prever que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, exceto em caso de mora do segurador em indenizar.

Essencial é também, portanto, que o segurado, na vigência do contrato, comunique a seguradora previamente sobre sua intenção de contratar novo seguro para cobrir o mesmo interesse e mesmo risco, conforme preceitua o artigo 782¹³¹ do Código Civil.

6.3 A boa-fé no contrato de seguro

Além da regra geral de aplicação da boa-fé nos contratos prevista no artigo 422¹³² do Código Civil, que prevê que os contratantes são obrigados a

¹²⁹ Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

¹³⁰ Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

¹³¹ Art. 782. O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778.

¹³² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

guardar na conclusão do contrato e em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé, no contrato de seguro a boa-fé é elemento indispensável, obrigatório, e merece capítulo especial.

Por isto, o artigo 765¹³³ do Código Civil prevê que a boa-fé deve perdurar na relação durante a execução de todo o contrato de seguro, assim como na sua conclusão, permeando todas as circunstâncias e declarações.

Isto se deve ao fato de que o contrato do seguro pauta-se em declarações firmadas pelos contratantes, que devem ser verdadeiras e autênticas.

Como ensina Arnaldo Rizzardo¹³⁴:

Percebe-se da redação que a exigência é imposta na conclusão e durante a execução, o que importa no dever de veracidade, não omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta na fase das tratativas, mantendo-se essa conduta no iter contractus, de modo a manter uma conduta apropriada e apta para não incidir nos eventos que podem levar ao sinistro. Não são toleradas informações falsas ou insuficientes acerca do objeto do contrato, ou a ostentação de vantagens que não se verificam na prática. Muito menos comporta a redação dúbia e controvertida, de sorte a ensejar várias interpretações.

Desta feita, o dever de veracidade influencia diretamente na avaliação de risco a ser feita pela seguradora não só relacionada a fixação do prêmio a ser cobrado para oferecimento de determinada garantia assumida como verdadeira, como também, eventual desistência por parte do segurador, em assumir determinado risco que não coaduna-se com seus critérios de aceitação.

Deste modo, é necessário que o proponente informe ao segurador todas as circunstâncias abrangidas no risco cuja proteção se almeja, já que essas informações são indispensáveis para avaliação não só da aleatoriedade como também das particularidades que envolvam a possibilidade para concretização do evento e as medidas necessárias a serem adotadas para a mitigação desse risco.

¹³³ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

¹³⁴ Op. cit., p. 855.

Não por outra razão encontramos nos fundamentos de Orlando Gomes¹³⁵ o destaque para a importância da fase pré-contratual:

A descrição pré-contratual do risco é indispensável para que o segurador tenha conhecimento de todas as circunstâncias ou particularidades que podem influir em sua determinação. Daí a obrigação do segurado de prestar declarações exatas e verdadeiras no questionário que acompanha a proposta. Tais declarações devem ser completas. Tanto vale afirmar que não podem ser reticentes e que não é lícito omitir circunstâncias ou fatos relevantes para a determinação do risco. Importam a exatidão e a sinceridade das declarações do segurado porque, de outro modo, o segurado pode incorrer em erro essencial, decorrendo desse vício de consentimento a anulação do contrato. Necessário, porém, que o erro seja provocado e, portanto, que o segurado tenha agido com dolo, ou culpa grave.

Como nos ensina Silvio Rodrigues¹³⁶, a proposta é ato jurídico que precede o contrato, e a força vinculante do contrato provém da proposta:

A proposta é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o peticitante convida o oblato a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo. Se o contrato só se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, verdade é, entretanto, que a mera proposta contém uma declaração séria do peticitante. Ora, a força vinculante do contrato provém dessa declaração unilateral de cada uma das partes, que se obrigam e se atam a um negócio, porque assim o declaram.

É assim que a boa-fé surge para as relações civis e cria caráter decisório na formação de diversos negócios jurídicos que balizarão os termos a serem pactuados.

Antônio Manoel da Rocha Menezes Cordeiro¹³⁷ traz esclarecimentos importantes do impacto da boa-fé para determinação do conteúdo obrigacional contratual:

A boa fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do Direito a sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada. As figuras de ponta da civilística estão-lhe associadas: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional. Institutos antigos e criações do pensamento jurídico cristão têm-na como referência: a

¹³⁵ Op. cit., p. 521.

¹³⁶ Op. cit., p. 61.

¹³⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra. Portugal, 2001, p. 17.

posse, a aquisição de frutos, as benfeitorias e o casamento putativo. Figuras variadas, num regresso constante e inesperado, incluem-na, a níveis diversos, nas regulações que estabelecem: a morte presumida, a condição, a simulação, a ação pauliana, o enriquecimento sem causa e a acessão.

E ainda, Anderson Schreiber¹³⁸ ensina sobre a criação de comportamentos necessariamente exigíveis no tráfego social:

Sob o ponto de vista de seu funcionamento, a noção de boa-fé objetiva esconde, sob a consagrada fórmula de sua tríplice função, um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou *standards* de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social. A copiosa referência a deveres anexos, expressão cuja riqueza de conteúdo abrange, por exemplo, deveres de informação, de sigilo, de colaboração, torna-se ineficaz, na prática, se desprovida de parâmetros razoavelmente aceitos que permitam estabelecer a extensão destes deveres.

Além do que, a boa-fé é responsável pelo equilíbrio contratual e sua ausência pode macular todo o contrato, e ainda desobrigar uma das partes ao cumprimento da obrigação para a qual contrataram.

Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 766¹³⁹ - específico ao contrato de seguro, deixa claro que a ausência de boa-fé pode gerar perda do direito à garantia contratada.

O que se torna muito difícil na maioria dos casos é a caracterização da má-fé de uma das partes. Não basta a simples alegação da existência da má-fé, e sim sua comprovação.

Nesses casos é comum a necessidade de instrução probatória, muitas vezes já em situações judicializadas ou em judicializações preparatórias que

¹³⁸ Op. cit., p.46. Sobre a tríplice função, Anderson Schreiber menciona: "Tríplice função: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e por fim, (iii) a função restritiva do exercício de direitos. No Brasil, esta classificação foi amplamente adotada. Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos, in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 1, p. 7: "Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvanti*, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*."

¹³⁹ Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

buscam evidenciar a ocorrência do fator para desobrigação das condições pactuadas como a existência da má-fé a ser comprovada.

Como cita Arnaldo Rizzardo¹⁴⁰:

A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem. O conjunto desses valores constitui um pressuposto gerado pela probidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações. Sem os princípios, fica viciado o consentimento das partes.

De acordo com Marcelo Barreto Leal¹⁴¹:

A boa-fé objetiva pressupõe a existência de dois sujeitos, ligados por uma determinada relação jurídica que imponha deveres especiais de conduta de cada um deles em relação ao outro, ou, ao menos, de um em relação ao outro. Ao se falar em padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, ou seja, toma-se como referência um modelo abstrato de pessoa, o que se costuma traduzir pela noção de *bonus pater familias*.

Portanto, para evitar qualquer discussão futura, as partes devem guardar a probidade e a boa-fé, que devem estar presentes em qualquer relação jurídica.

Em Portugal, a mesma sintonia tem-se com relação a necessidade da boa-fé como medida de lealdade do segurado para manter a equidade da relação contratual, considerando suas declarações, essas necessárias tanto no momento da proposta e do questionário de avaliação do risco, como também ao longo da execução do contrato, como menciona José Vasques¹⁴²:

A caracterização do seguro como contrato de boa fé não pretende reforçar a ideia de que quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé (artigo 227, n. 1, primeira parte, do Código Civil), mas sublinhar a necessidade absoluta de lealdade do segurado para manter a equidade da relação contratual, uma vez que a seguradora é normalmente obrigada a confiar nas suas declarações, sem poder verificá-las aquando da subscrição.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 855.

¹⁴¹ LEAL, Marcelo Barreto. *Análise econômica do contrato de seguro: um estudo de caso a partir da cobertura de risco do tipo suicídio no contrato de seguro de acidentes pessoais – excesso regulatório pontual*. São Paulo: ed. Dialética, 2021. p. 51.

¹⁴² Op. cit., p. 110.

Também na França, a boa-fé tem um significado especial no direito dos seguros, posto que tal como ocorre no Brasil, a seguradora é obrigada a confiar no segurado, por exemplo, para a declaração do risco, do sinistro, para salvamento e prevenção, e também para que o risco mantenha a sua natureza aleatória. Assim, espera-se que o segurado se comporte com absoluta franqueza e total lealdade em relação ao seguro, como menciona Jean Bigot¹⁴³.

José Vasques¹⁴⁴ continua ainda citando a legislação de Portugal, no que concerne a declarações inexatas ou omissão de informações (fatos ou circunstâncias) conhecidas do segurado e que poderiam influenciar nas condições ou mesmo na existência do seguro, e que podem gerar a nulidade do contrato inclusive, do mesmo modo que no Brasil:

Naturalmente que esta característica do contrato de seguro motivou o legislador a acautelar a relação contratual, prevendo que: Toda a declaração inexata, assim como toda a reticência de factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro, e que teriam podido influir sobre a existência ou condições do contrato tornam o seguro nulo. Parágrafo único. Se da parte de quem fez as declarações tiver havido má fé o segurador terá direito ao prêmio (artigo 429 do Código Comercial), não requerendo a lei a existência de má fé para determinar a invalidade do seguro, bastando-se com declarações reticentes ou inexatas.

Fortalecendo o argumento de que a boa-fé prevalece na interpretação de qualquer espécie contratual, desde a interpretação a execução propriamente dita, Jorge Mosset Iturraspe e Miguel A. Piedecasas¹⁴⁵, na

¹⁴³ Op. cit., p. 60-61: “L’expression contrat de bonne foi a, en droit des assurances, une signification particulière. Elle signifie que l’assureur est obligé de se fier à l’assuré, par exemple pour la déclaration du risque, du sinistre, pour le sauvetage et la prévention, et pour que le risque conserve son caractère aléatoire. L’assuré est tenu de comporter au regard de la mutualité dont il fait partie, avec une absolue franchise, une complète loyauté. Cela explique la sévérité des sanctions susceptibles de frapper le preneur (déchéance du droit à garantie, nullité du contrat) manquant à l’obligation de bonne foi, car sa mauvaise foi va pénaliser, à travers l’assureur, tout ela mutualité dont il fait partie. C’est un peu comme en matière fiscale: les contribuables honnêtes payent pour les fraudeurs.”

¹⁴⁴ Op. cit., p. 110.

¹⁴⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos. Aspectos Generales*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Ed., 2005, p.426: “(...) la buena fe prima en la interpretación de los contratos, cualquiera sea su especie. Comprende la celebración, la interpretación y la ejecución. Ello es doctrina entendida por la Corte y por todos los operadores del Derecho. Todos los contratos, aun los regidos por el Derecho Público, deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión; en esta aplicación interpretativa de la buena fe debe atenderse al propósito o intención de los contratantes más que al sentido literal de los vocablos empleados, valorando las particularidades

Argentina, nos alertam para o entendimento da doutrina e jurisprudências argentinas, no sentido de que todos os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé e de acordo com o que as partes entenderam agindo com cautela e prudência. Prossegue ainda ressaltando a necessidade para que se avalie a finalidade ou intenção dos contraentes e não o sentido literal das palavras utilizadas.

7 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O seguro de responsabilidade civil se configura como uma das modalidades do contrato de seguro de danos que objetiva o resguardo indenitário decorrente de dano causado a terceiro cujo nexo de causalidade resta comprovado ao agente causador do dano.

Assim, uma vez identificada a possibilidade de responsabilização de uma pessoa, física ou jurídica, por suas condutas, ações, que causem danos a outrem, gerando o dever de reparar, indenizar, é gerada a condição de acesso a apólice de seguro de responsabilidade civil que trará o amparo financeiro para a indenização decorrente do dano caracterizado em sentença condenatória transitada em julgado ou acordo expressamente autorizado pela seguradora.

Como mencionado no sítio da própria Superintendência de Seguros Privados - SUSEP¹⁴⁶:

Neste contexto é que surge o seguro de responsabilidade civil, que garante ao segurado, responsável por danos causados a terceiros, a proteção contra as indenizações a que for obrigado a efetuar, a título de reparação, por exemplo, por decisão judicial, por decisão em juízo arbitral, por decisão administrativa ou por acordo com os terceiros prejudicados, mediante a anuência da sociedade seguradora.

circunstancias del contrato, aunque se advierte que los principios de equidad y buena fe sirven para analizar conductas o interpretar contratos, mas no para otorgar derechos no consagrados en la norma legal positiva.

¹⁴⁶ Seguro de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/seguros/seguro-responsabilidade-civil> Acesso em 16 mar. 2023.

De acordo com o Código Civil, artigo 787¹⁴⁷, no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

Do mesmo modo, a Circular SUSEP nº 637 de 27 de julho de 2021¹⁴⁸ que dispõe sobre os seguros do grupo de responsabilidades, em seu artigo 3º estipula que no seguro de responsabilidade civil, a sociedade seguradora garante o interesse do segurado quando este for responsabilizado por danos causados a terceiros e obrigado a indenizá-los, a título de reparação, por decisão judicial ou decisão em juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, mediante a anuência da sociedade seguradora, observado o contrato.

O objetivo principal deste seguro é garantir segurança e tranquilidade financeira ao segurado frente a imprevistos que envolvam outras pessoas (terceiros).

A garantia do pagamento de perdas e danos se dará até o limite máximo contratado com a seguradora, e sempre, em qualquer caso, de acordo com as condições do seguro, como inclusive indicado pela própria Superintendência de Seguros Privados no site informado.

A proteção securitária surge aqui para garantir o efetivo pagamento dos danos a terceiros quando o segurado tenha dado causa ao prejuízo sofrido, e para assegurar a devida proteção patrimonial do segurado.

Para corroborar tal assertiva, importante colacionar lição de Sergio Cavalieri Filho¹⁴⁹ para dizer que:

Neste seguro, subespécie do seguro de danos, o garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros. A primeira vista, parece tratar-se de um seguro feito em benefício de terceiro, mas, na realidade, tal não ocorre. O beneficiário é o próprio segurado, porquanto o que ele realmente objetiva é não ter que desembolsar a indenização eventualmente devida a terceiro.

Com efeito, o dano causado no patrimônio do terceiro afeta diretamente o do segurado, que, na hipótese da não existência de seguro, terá de pagar

¹⁴⁷ Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

¹⁴⁸ SUSEP - Circular nº 637 de 27 de julho de 2021:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686> Acesso em 15 mar. 2023

¹⁴⁹ Op. cit., p. 475.

uma soma com base em ato ilícito perpetrado por ele ou seus dependentes. Destarte, o segurado não contrata o seguro em benefício da vítima, mas sim em benefício próprio, para não desfalcar o seu patrimônio das consequências civis do que venha a causar outrem.

Cuida-se de modalidade de seguro da maior importância para cobrir os riscos do exercício de algumas profissões, como médicos, dentistas, bem como da atividade automobilística.

Anderson Schreiber¹⁵⁰ cita sobre a importância e imprescindibilidade do seguro de responsabilidade civil, na medida do desenvolvimento das atividades:

À parte as especificidades de sua disciplina em cada ordenamento jurídico, o seguro de responsabilidade civil produz, claramente, uma diluição de danos, na medida em que reparte entre os diversos agentes potencialmente lesivos, por meio de cobrança de prêmios, os custos globais advindos da indenização de todos os danos derivados daquela atividade. Tal instrumento se torna imprescindível na medida em que se verifica que os danos perderam, na sociedade contemporânea, o seu caráter acidental e fatalístico, convertendo-se em prejuízos que acompanham, necessariamente, o desenvolvimento de certas atividades úteis, como a circulação automobilística.

Sobre a importância do seguro, em Portugal, nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos¹⁵¹:

Na relação entre responsabilidade civil e seguro, desempenha um lugar muito importante o seguro de responsabilidade civil. Tem como efeito a transferência para o segurador do risco de alguém vir eventualmente a ser condenado em indemnização. Vale mais a pena pagar regularmente um prémio de seguro do que, de repetente, ter de pagar uma indemnização toda duma vez.

(...)

O seguro de responsabilidade civil desempenha um papel fundamental de assegurar efetivação patrimonial da responsabilidade civil. A principal vulnerabilidade do mecanismo da responsabilidade civil é a insolvência do responsável. Não adianta condenar alguém a indemnizar a vítima, quando esta acaba por não receber a indemnização, ou não a receber na totalidade, por falta de meios ou por insolvência do responsável.

O seguro dá a garantia de que a indemnização será paga, mesmo que o responsável não tenha dinheiro para a pagar. Também facilita a indemnização da vítima quando o responsável não a quer pagar, porque é o segurador que paga, logo, a indenização à vítima, e é ele que vai, depois, em regresso, assumir o litígio com o responsável para lhe cobrar o valor da indemnização.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 224.

¹⁵¹ Op. cit., p. 262.

Ante a importância apresentada para a proteção de riscos de responsabilidade civil a Superintendência de Seguros Privados criou ramo de seguro específico para a proteção desses riscos quando diretamente relacionados a determinadas atividades profissionais.

8 DO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL PARA MÉDICOS

Vivemos em uma sociedade em constante transformação e repleta de riscos que envolvem as relações humanas na busca de seus ideais. Os caminhos almejados são por vezes desconhecidos e cheios de incertezas.

Nesse sentido, o profissional que pretende atuar de forma segura e diferenciada deve criar o ambiente propício e mitigar os riscos para que sua expertise possa ser aproveitada ao máximo e o melhor resultado possa ser alcançado por seus pacientes.

Assim, torna-se mister avaliar o risco da atividade e buscar, dentro de parâmetros técnicos e estruturados, o mapeamento da exposição relacionada a probabilidade da ocorrência do evento incerto e indesejado e do impacto que pode ser causado na eventualidade de sua concretização.

Com o fito de mitigação de risco surge o contrato de seguro para proteções das atividades médicas. Trata-se de seguro cuja proteção resta adstrita a eventuais erros e omissões (*Erros & Omissions - E&O*) atribuídos ao profissional da área médica, que gerem danos a terceiros, desde que relacionados a conduta negligente, imperita ou imprudente, praticadas durante as atividades profissionais.

No Brasil este seguro ainda não é amplamente contratado pelos profissionais. Já no exterior, nota-se grande preocupação com relação a efetiva necessidade de garantias complementares pelos profissionais.

Como adiante se verá no capítulo sobre a contribuição norte americana, principalmente nos Estados Unidos, em virtude da grande judicialização, o seguro conhecido como "*medical malpractice insurance*" é amplamente contratado pelos médicos, considerando que a grande maioria

deles já se deparou com reclamação judicial em sua carreira. Os profissionais entendem que não há meios de desempenhar a atividade médica sem a contratação do referido seguro.

Já em Portugal este seguro tornou-se obrigatório para profissionais de saúde e médicos que desenvolvam sua atividade em consultórios médicos, com a emissão da Portaria nº 136-B de 03 de julho de 2014 do Ministério da Saúde¹⁵², artigo 5º.

Extraí-se, portanto, a relevância e importância da contratação do seguro para garantir maior segurança à atividade profissional do médico, inclusive em virtude de eventuais insuficiências de patrimônios individuais dos médicos expostos a acidentes que originem sua responsabilização, e/ou ainda para manter indene seu patrimônio.

O contrato de seguro de responsabilidade civil profissional aqui estudado é facultativo no Brasil, imperando o princípio da autonomia da vontade, uma vez que não há qualquer dispositivo legal que obrigue sua contratação, não constando no rol dos seguros obrigatórios em legislação específica.

Conforme Maria Inês Oliveira Martins¹⁵³:

Estando em causa um seguro de responsabilidade civil, o segurador obriga-se a prestar caso no património do segurado se constitua uma obrigação de indemnizar terceiros (art. 137.º). Liberta, pois, o património do segurado da consequência desfavorável correspondente à constituição de um passivo. Estando em causa um seguro de responsabilidade civil de profissional de saúde, o dever de indemnizar terá na base um facto praticado pelo segurado, profissional de saúde, no exercício da sua profissão.

Geralmente os seguros são contratados com cobertura anual, ou seja, com vigência de um ano, e podem ser contratados tanto por pessoa física como por pessoa jurídica.

¹⁵² Portugal. Portaria nº 136-B de 2014 do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://direitodamedicina.sanchoeassociados.com/arquivo/portaria-n-o-136-b2014-ministerio-da-saude-primeira-alteracao-a-portaria-n-o-2872012-de-20-de-setembro-que-estabelece-os-requisitos-minimos-relativos-a-organizacao-e-funcioname/>. Acesso em 11 mar. 2023.

¹⁵³ Op. cit., p. 292.

Como informações contidas no sítio da SUSEP¹⁵⁴:

Para que se resguardem de ações civis por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades profissionais, é recomendável a contratação de seguro de responsabilidade civil profissional.

Ou seja, este seguro tem como objetivo proteger o patrimônio e amparar sua empresa pelas reclamações relativas a danos decorrentes da prestação de serviços profissionais a terceiros.

Para fins de análise do contrato de seguro é importante destacar que, no sítio da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, há campo específico para que o interessado possa consultar as condições contratuais de cada produto comercializado pelas seguradoras¹⁵⁵.

Na SUSEP, atualmente os seguros de responsabilidade civil estão regulados pela Circular nº 637 de 2021¹⁵⁶, onde constam as diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil, e o seguro de Responsabilidade Civil Profissional está previsto apenas em linhas gerais. É classificado, pela natureza dos riscos, como aqueles decorrentes da responsabilização civil vinculada à prestação de serviços profissionais, objeto da atividade do segurado.

Não há normativo específico relacionado a esta modalidade de seguro, de modo que aplicam-se as regras do seguro de responsabilidade civil geral.

Este seguro é destinado especificamente para aqueles que prestam serviços profissionais, dentre eles, para a atividade do profissional médico.

Pedro Romano Martinez¹⁵⁷ menciona sobre a possibilidade de ocorrência de danos no exercício da profissão:

A especificidade da responsabilidade civil profissional relaciona-se, pois, com os danos decorrentes do exercício da actividade causados ao «cliente»

¹⁵⁴ Seguro de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/seguros/seguro-responsabilidade-civil> Acesso em 10 abr. 2023.

¹⁵⁵ Consulta pública de produtos SUSEP. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/menumercado/REP2/Produto.aspx/Consultar> Acesso em 17 fev. 2023.

¹⁵⁶ Brasil. Seguros de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapa.exe?router=upload/25074> . Acesso em 12 mar. 2023

¹⁵⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Ensaio sobre os seguros de responsabilidade civil*. Universidade Católica Portuguesa. *Católica Law Review*. Volume II \ Número 2 \ Maio 2018 – 41-72. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/2003> Acesso em 24 abr. 2023.

do profissional. O «cliente» do profissional não é necessariamente contraparte num contrato de prestação de serviços. Exemplificando com um médico, tanto poderá ser responsabilizado por má prática em relação a quem o tenha contratado para um tratamento – por exemplo, no seu consultório –, como igualmente por um paciente que tenha sido tratado pelo médico – por exemplo, num hospital – sem base contratual. É determinante que o dano tenha sido causado no exercício da actividade profissional em relação a quem – com ou sem contrato – tenha uma relação de proximidade com o profissional.

O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, como já indicado, é parte essencial na construção de relação de intrínseco compartilhamento de informações com o fito de entender a dinâmica de trabalho do profissional da área médica e identificar a exposição relacionada não só a atividade profissional em si, eivada de suas características e particularidades, como também estudar o contexto da atividade na atuação individualizada do profissional.

Detalhar a exposição de riscos inerentes as atividades praticadas é condição para viabilizar os estudos necessários aos propósitos relacionados a gestão do risco de exposição a que se pretende limitar, para que então sejam desenhadas, muitas vezes em conjunto com o próprio segurador, os elementos entendidos neste contexto.

Assim, não há como prosseguir nessa identificação sem valorar não só a estruturação adequada de equipes e profissionais envolvidos, de cada atividade relacionada e o impacto gerado com sua potencial ineficiência, como também evidenciar elementos imediatos mitigatórios para a concretização do adverso relacionado para empregar, dentro da melhor técnica disponível e recursos envolvidos, ações concretas para evitar essa ocorrência, ou, quando necessário, agir diligentemente e de forma eficiente para sua mitigação e redução de exposição de gravidades relacionadas e geração de danos potenciais.

Neste contexto, para observar proteções de seguro eficientes relacionadas às atividades de cada profissional, segurado e segurador, devem diligenciar pelo equilíbrio e buscar constituir no contrato os termos e condições claras a serem pactuadas como forma de que haja a adequada precificação do prêmio a ser cobrado pelas coberturas e proteções

relacionadas aos riscos seguráveis, previamente avaliados como forma de garantir a proteção adequada aos riscos envolvidos a dinâmica particular de cada atividade.

Portanto, uma vez identificado claramente o risco segurável, passa-se a proposta de seguro, que surge como documento inicial para a busca pela adequação aos produtos disponíveis para comercialização no mercado, atrelados a necessidade específica e muito particular de cada atividade profissional.

A proposta é o documento que formaliza o interesse do proponente em contratar, alterar ou renovar o seguro, nos termos do artigo 2, inciso X da Circular n. 642 de 20 de setembro de 2021¹⁵⁸ (que dispõe sobre a aceitação e a vigência do seguro e sobre a emissão e os elementos mínimos dos documentos contratuais).

Nos termos da mesma Circular (artigo 3), a celebração, a alteração ou a renovação não automática do contrato de seguro somente poderão ser feitas mediante proposta preenchida e assinada pelo proponente, seu representante legal ou corretor de seguros, exceto quando a contratação se der por meio de bilhete, que não é o caso para o seguro de responsabilidade civil.

A proposta e as condições contratuais deverão prever, de forma clara, objetiva e em destaque, o prazo máximo para aceitação ou recusa da proposta, devendo a sociedade seguradora se manifestar expressamente sobre o resultado da análise. Em qualquer hipótese, a sociedade seguradora deverá comunicar formalmente ao proponente, ao seu representante legal ou corretor de seguros, a decisão de não aceitação da proposta, com a devida justificativa da recusa. A ausência de manifestação da seguradora no prazo correspondente caracterizará a aceitação tácita da proposta (artigo 4.).

¹⁵⁸ Circular n. 642 de 20 de setembro de 2021 da SUSEP. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/25330> Acesso em 15 abr. 2023.

Dispõe o artigo 759¹⁵⁹ do Código Civil que a proposta servirá de elemento preparatório para aceitação do risco e emissão da apólice.

Como explica Daniele de Strobel¹⁶⁰, o ato que inicia a negociação do seguro é a proposta. E ao mesmo tempo, tem por objeto direto a conclusão do negócio específico. Trata-se de declaração de vontade, de natureza receptiva, que produz seus efeitos quando chega ao conhecimento da outra parte.

As propostas podem ou não ser intermediadas por corretor ou corretora de seguros, necessariamente habilitados para tal função.

Segundo o artigo 1º da Lei nº 4594 de 29 de dezembro de 1964,¹⁶¹ o corretor de seguros ou corretora de seguros poderá intermediar a relação entre o proponente e a seguradora, para a contratação do seguro. É figura legalmente autorizada para tanto.

O seguro de responsabilidade civil profissional conta com opções para adequações personalizadas que buscam adequar-se as necessidades e preferências de cada atividade e profissional, grife-se, dentro dos parâmetros aprovados para comercialização, estes por sua vez limitados ao objeto a que se destinam, e que foram resultado de profunda análise para identificação da exposição de risco a que cada profissional ou empresa está disposto a contratar.

Os seguros de responsabilidade civil são habitualmente comercializados de três maneiras.

A primeira, através da apólice à base de ocorrência, que determina que a ocorrência do fato gerador deve obrigatoriamente ocorrer durante o período de vigência da apólice. O fato gerador nada mais é do que o um evento ou

¹⁵⁹ Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 45: "L'atto che inizio ala contrattazione à la proposta. A questo riguardo va precisato che, independentemente dalle apparenze e dall'equivoco cui si può esserer tratti per effetto del sistema di propaganda commerciale, esercitato a mezzo di produttori ed argenti dele imprese, la proposta scritta e formulata dall'assicurando è diretta all'assicuratore. La proposta a stipulare una assicurazione, nom mira ala formazione di un contrato preliminare, in seguito al quale discenderebero alle parti le facultà e i diritti di cui all'art. 2932 c.c., ma ha lo scopo diretto di concludere lo specifico negozio."

¹⁶¹ Lei nº 4594 de 29 de dezembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm Acesso em 15 abr. 2023.

ocorrência acidental, imprevista, que venha originar o dano, seja ele corporal, estético, material ou ainda moral, a um terceiro, que neste caso seja atribuído ao profissional médico.

A segunda forma de contratação dessas apólices se dá através da apólice à base de reclamações, que determina que o fato gerador ocorra durante o período de vigência ou período de retroatividade (que corresponde ao período de tempo entre a data retroativa de cobertura e a do início de vigência da apólice em curso) quando for aplicável. Além disso, é necessário também que o terceiro proponha uma reclamação contra um segurado durante o período de vigência, ou durante o prazo adicional se existente.

Por fim, a terceira maneira, através da apólice à base de reclamações com notificação, esta um tipo especial de apólice à base de reclamações, que se distingue das demais por enquadrar, mesmo após o término de sua vigência, às reclamações de terceiros vinculadas a fatos notificados durante a vigência da apólice.

Os seguros de responsabilidade civil profissional são comercializados através de apólices à base de reclamação, podendo ser com ou sem notificação.

A notificação é o meio pelo qual o segurado comunica à seguradora, formalmente, fatos ou circunstâncias que possam gerar reclamações futuras, cobertas pelo seguro contratado.

Depreende-se desta definição, que a proteção contratual de seguro é aplicável aos atos praticados pelo segurado durante o período de vigência da apólice; que este ato seja danoso, ou seja, cause prejuízo a terceiro, que tenha gerado uma reclamação por parte deste terceiro prejudicado, e por sua vez, que referida reclamação seja apresentada durante o período de vigência da apólice ou, quando aplicável, durante os períodos de prazo complementar ou suplementar previstos na apólice.

O prazo complementar e suplementar são prazos adicionais contados a partir do final de vigência da apólice, para apresentação de reclamações, pelo segurado, que podem estar cobertas pelo seguro. O prazo complementar não possui cobrança de prêmio adicional, enquanto no prazo suplementar é

cobrado prêmio adicional, e o prazo se inicia ao final do prazo complementar, caso contratado pelo segurado.

Conforme estipula a Circular nº 637 de 27 de julho de 2021¹⁶² em seu artigo 16, o seguro de responsabilidade civil à base de reclamações destina-se àqueles que estão sujeitos a risco de latência prolongada ou a sinistros com manifestação tardia, ou seja, cujas reclamações de terceiros podem surgir posteriormente, no momento em que haja a alegação ou constatação do dano para subsidiar o pedido de reclamação a ser formulado em face do profissional.

Do mesmo modo que no Brasil, em Portugal os seguros de responsabilidade civil também podem ser contratados com apólice a base de ocorrência ou a base de reclamação.

Conforme Margarida Lima Rego e Fernando Peña López¹⁶³:

A lei permite que as partes afastem esta regra, adotando um modo distinto de determinação do período de cobertura. A prática revela que, em muitas circunstâncias, os seguradores preferem modos de determinação do período de cobertura. A lei portuguesa faz referência, meramente exemplificativa, à estipulação de «cláusulas que delimitem o período de cobertura, tendo em conta, nomeadamente, o facto gerador do dano, a manifestação do dano ou a sua reclamação». A modalidade de determinação do período de cobertura que mais se popularizou foi esta última. São os denominados «seguros de base reclamação».

(...)

Se nalgumas atividades as partes sabem logo se a sua conduta causou ou não danos a terceiros, noutras a responsabilidade civil pode permanecer latente durante muitos anos. São exemplos desse fenómeno a responsabilidade por danos ambientais, a responsabilidade do produtor, a responsabilidade profissional dos médicos. Assim, para permitir uma saída limpa dos seguradores aquando da cessação do seguro, surgiram os seguros de base reclamação: quando o período chega ao seu termo, sabe-se se houve ou não houve reclamações, porque estas, por natureza, envolvem declarações recipiendas, devendo ser comunicadas ao segurado e/ou ao segurador.

¹⁶² SUSEP - Circular nº 637 de 27 de julho de 2021:

Art. 16. Os seguros de responsabilidade civil à base de reclamações destinam-se àqueles sujeitos a risco de latência prolongada ou a sinistros com manifestação tardia.

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686> Acesso em 15/03/2023

¹⁶³ REGO, Margarida Lima; LÓPEZ, Fernando Peña. *Regulação do Contrato de seguro em Portugal e em Espanha: análise comparada*. Santiago de Compostela: Ed. Fundación Inade, 2019. p. 74.

A reclamação pode se tratar de uma ação judicial ou extrajudicial, procedimento arbitral ou qualquer pleito indenitário de terceiro prejudicado contra o segurado, por atos médicos que tenham causado dano, e que podem estar cobertos pelo seguro.

Vale dizer que para apólices a base de reclamação é possível ao segurado pleitear a contratação de um período adicional aquele estipulado para a vigência do seguro. Trata-se do período de retroatividade, em que é definido o prazo pelo qual a exposição do risco passará a ser objeto de proteção securitária.

Esse tipo de contratação objetiva a mitigação de riscos para eventos cuja latência de reclamação pode ser prolongada, portanto, o fato gerador da reclamação, ainda que praticado fora da vigência do seguro, mas grife-se, dentro do período de retroatividade contratado, se reclamado durante o período de vigência ou prazos adicionais quando aplicáveis, poderá ser objeto de amparo securitário.

As apólices à base de reclamação possuem uma característica especial, qual seja, para que não haja período em que o segurado deixe de contar com a proteção securitária, é importante que este contrato seja renovado constantemente e sempre acompanhando as atividades e eventuais alterações relacionadas a prática médica.

Caso essa renovação se dê perante a mesma seguradora, os termos e condições pactuados, se não forem objeto de reanálise, serão estendidos por todo o período em que houver seguro vigente. Desta forma, haverá proteção adicional aos eventos cuja latência prolongada ainda não foram objeto de conhecimento por parte do segurado e de reclamação apresentada por parte do paciente.

Contudo, caso o seguro deixe de ser renovado, e cumprido os prazos adicionais se aplicáveis, o segurado deixará de contar com a proteção securitária para determinado período em que poderão ser apresentadas reclamações que tiveram sua latência para a ocorrência do dano prolongada e dentro dos períodos legais para apresentação de reclamação.

Ainda, caso opte o segurado pela renovação de seu contrato em outra seguradora que não a emissora do risco anterior, deverá, sob pena de redução de coberturas a determinados eventos, atentar-se para o correto gerenciamento de risco e contratação não só das coberturas necessárias como também para os períodos respectivos de continuidade das condições de cobertura pactuadas no contrato anterior e migradas para a nova emissora.

Como forma de viabilizar maior assertividade no gerenciamento de riscos para as apólices à base de reclamação foi criada a possibilidade de o segurado “marcar” sua apólice para determinados atos com potencial reclamações, por meio da notificação à seguradora quanto a ocorrência de determinado fato gerador sujeito a futura reclamação.

Esta notificação permitirá ao segurado garantir que as condições contratuais atreladas a sua apólice, vigente na data em que a notificação for realizada, possam ser aplicadas às reclamações apresentadas por terceiros a *posteriori*.

Desta feita, na medida em que o profissional se deparar com situação atípica em que possa ter sua conduta questionada, poderá notificar sua apólice de seguro com o fito de determinar quais serão as condições e coberturas contratadas aplicáveis a eventual reclamação oriunda desta atípica situação.

O fato de notificar a seguradora acerca de situações relevantes é uma faculdade oferecida ao segurado e em seu benefício, considerando que no futuro, essa reclamação quando e se apresentada, será regulada pelas condições pactuadas vigentes quando da notificação.

Isso garante ao médico avaliar sua exposição do risco relacionado ao fato gerador cuja reclamação, apesar de não ter sido realizada, possa ser formalizada a *posteriori*, contudo com o resguardo securitário quanto aos termos e condições previamente pactuados.

Note que não é qualquer situação que deve ser considerada para a notificação, mas sim eventos que, na percepção do profissional, possam lhe gerar discussões futuras.

Caberá ao médico, com sua expertise, avaliar tais situações. Caso não notificada a apólice e porventura tal fato venha a se tornar reclamação futura, a apólice então vigente poderá ser acionada, não havendo prejuízo ao médico, ainda que alguns, por falta de conhecimento, tenham para si que a notificação é prejudicial.

Em continuidade as avaliações relacionadas a contratação do seguro para risco profissional na atividade médica, encontramos documento importante chamado de questionário, que nada mais é do que a busca, pela seguradora, da reunião de informações mínimas e necessárias para a correta identificação, análise e dimensão do risco a ser segurado. O questionário deve ser preenchido e assinado pelo proponente corretamente e é parte integrante da apólice.

Desta feita, informações coletadas pela seguradora como, dados pessoais, qualificação do profissional, se é um profissional que já conta com proteções securitárias, características desejadas para sua apólice, histórico profissional e do exercício de sua atividade, inclusive com situações potenciais e já ocorridas relacionadas a pedidos de responsabilizações profissionais, se tem conhecimento de fatos já ocorridos e que possam gerar reclamações futuras, bem como outros elementos relacionados a prática de cada atividade, especializações, etc. e demais pontos que o profissional entenda ser relevante fazer constar como parte desta fase de seu gerenciamento de risco.

Nesse sentido, e atento ao princípio da boa-fé que rege o contrato de seguro, o preenchimento do questionário de risco pelo proponente deverá conter toda a informação necessária, de forma transparente, clara e precisa, quanto ao cenário de risco envolvido por sua prática profissional, sem quaisquer omissões ou declarações importantes que possam ter reflexo, ainda que futuro, no escopo de indenização do contrato que ora se pactua.

9 DAS CARACTERÍSTICAS CONTRATUAIS DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

9.1 Do objeto do seguro

O seguro de responsabilidade civil profissional para a área médica encontra fundamento na proteção financeira relacionada a ocorrência de evento incerto no pleno exercício da atividade profissional em que terceiro venha a ser impactado com a ocorrência de danos causados pela prestação de serviços profissionais médicos pelos quais este profissional seja responsabilizado civilmente.

A base para esta responsabilização alcança guarida na falha profissional que decorra de imprudência, imperícia ou negligência sempre que relacionada ao nexo de causalidade, por ação ou omissão, entre a atividade do profissional e o dano experimentado pelo paciente.

Nesse sentido, torna-se mister que a causa esteja relacionada ao comportamento do agente, momento em que, se comprovada, criará neste último o dever de indenizar o terceiro prejudicado.

Esse comportamento estará relacionado, como visto anteriormente, na culpabilidade do agente, por meio de imperícia, imprudência ou negligência, já definidos.

Assim, tendo o profissional agido com imperícia, quer tendo assumido uma conduta sem os cuidados necessários ou com falta de cuidados e atenção que levaram a resultados prejudiciais de não fazer o que deveria ter sido feito, e gerar o dano, incorrerá no dever de indenizar o paciente.

Para resguardar esse tipo de risco, a apólice de seguro preconiza proteção indenitária aos pagamento relacionados por danos causados a terceiros durante a prestação de serviços médicos pelo profissional segurado dentro das coberturas, suas exclusões e limites contratuais.

Importante ressaltar que trata-se de apólice à base de reclamações, o que significa ter sido a reclamação apresentada pelo terceiro ao segurado durante o período de vigência da apólice.

Esta reclamação abrange somente fatos geradores verificados no período contratual, momento em que é facultado ao segurado notificar a

seguradora sobre a ocorrência de fatos de potenciais reclamações, como visto anteriormente.

Portanto, para cobertura securitária, resta evidenciada não só a necessidade da caracterização da responsabilização civil por parte do profissional, como também avaliar a abrangência das coberturas contratadas, das obrigações assumidas, e das exclusões e limitações pactuadas.

A abrangência do contrato de seguro se dá para os efeitos das coberturas contratadas quando constatada a ocorrência de uma reclamação coberta pela apólice de seguro. Nessa situação, a apólice responderá pelo pagamento das quantias devidas despendidas pelo segurado quando diretamente decorrentes de condenações pecuniárias decorrentes de decisões judiciais ou arbitrais transitadas em julgado ou em acordos realizados com o consentimento prévio da seguradora.

Ainda, como importante escopo de abrangência deste contrato, temos os custos de defesa, como adiante se verá, que objetiva o amparo dos custos necessários para a defesa dos interesses do segurado, estritamente para eventos cobertos e desde que previamente aprovados pela seguradora.

Impõe apenas observar que o seguro de responsabilidade civil profissional prevê o caráter de confidencialidade, não só para as informações tratadas sob esta rubrica, como também pela própria comunicação de sua existência perante terceiros.

Haverá, é verdade, situações em que o profissional deverá, em caso de litígio por exemplo, avaliar a relevância e pertinência quanto a denúncia de seu contrato e chamamento da seguradora a lide processual como forma de oferecer resguardo para o caso de eventual condenação respeitadas as condições e limites contratuais.

9.2 Do aviso de sinistro

No caso da ocorrência de um evento com potencial questionamento acerca da conduta na atividade médica do profissional torna-se mister a comunicação imediata à seguradora como forma de viabilizar a atuação

conjunta com o segurado no que concerne a avaliação dos fatos e seu enquadramento no contrato de seguro. Tal comunicação é o chamado aviso de sinistro.

Dispõe o artigo 771 do Código Civil¹⁶⁴ que o segurado deverá comunicar a seguradora sobre a ocorrência do sinistro, assim que tomar conhecimento, sob pena de perder o direito à indenização. E ainda, deve tomar todas as medidas possíveis para a mitigação do sinistro.

Do mesmo modo, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 787 do Código Civil¹⁶⁵, deve também comunicar a seguradora sobre qualquer ato suscetível de lhe acarretar a responsabilidade contida na garantia.

Assim, determina a apólice em seu capítulo que trata dos avisos de sinistros que o segurado deverá comunicar imediatamente, sob pena de perda de direito à indenização, atos relacionados a potenciais reclamações decorrentes de sua atividade médica.

Este aviso poderá estar relacionado tão somente ao conhecimento do fato que gerou a intercorrência médica, como também aqueles relacionados a apresentação de reclamação administrativa ou quiçá judicial cuja finalidade de responsabilização decorrente do erro médico e suas consequências possam ser guerreadas.

Na medida em que a seguradora toma conhecimento de determinado fato que possa ensejar o acionamento de sua apólice, é feito o registro do sinistro, e designado o profissional, pela seguradora, que será dedicado a realização de todos os procedimentos para a regulação do sinistro, bem como a nomeação de tantos profissionais quantos necessários for, com a expertise particular para a realização do suporte adequado as tratativas relacionadas a busca pela solução do fato gerador da reclamação em análise.

Dentre esta equipe de profissionais, habitualmente destacam-se assessores jurídicos, peritos médicos, contábeis quando necessários, além da

¹⁶⁴ Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

¹⁶⁵ Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

própria equipe de regulação de sinistro das seguradoras, cuja formação especializada na condução das matérias se mostra indispensável para a obtenção do melhor resultado.

O aviso de sinistro deverá conter informações claras sobre os fatos, cronologia dos eventos que compõem todas as etapas de atendimento, e sempre que possível, os documentos produzidos no período de tratamento do evento doravante sob análise.

O ato de comunicar o sinistro é um dos encargos mais importantes para o segurado. Especialmente nos seguros de responsabilidade civil, a intervenção da seguradora, com o seu conhecimento técnico, é necessária e útil ao próprio segurado. É considerada negligência a omissão por parte dos segurados quando não cumprem com este dever fundamental. Por isso a necessidade de o segurado, que é quem toma conhecimento dos fatos, comunicar a seguradora, como cita Daniele De Strobel¹⁶⁶.

José Vasques¹⁶⁷ trata do sinistro em sua obra, trazendo os momentos de verificação do sinistro, a saber:

São defensáveis, em abstracto, os seguintes momentos de verificação do sinistro: i) quando é praticado o facto gerador dos danos; ii) quando se verifica o dano, iii) quando é apresentada uma reclamação pelo lesado, iv) quando é intendada acção judicial ou v) quando há condenação judicial.

E ainda, José Vasques¹⁶⁸ traz sua definição de “sinistros” em apólice “*claims made basis*”, que, pela característica de contratação, exige a avaliação do histórico do profissional, pela seguradora, como visto anteriormente:

¹⁶⁶ Op. cit. p. 202: “L’onere di avviso di sinistro costituisce per l’assicurato uno degli autoveri più importanti.

Specialmente nelle assicurazioni della responsabilità civile, collegati a fatti che possono involgere anche responsabilità penali, l’intervento tempestivo dell’assicuratore, con i suoi organi tecnici, è quanto mai necessario ed utile allo stesso assicurato.

È inspiegabile quindi la negligenza con la quale a volte (per la verità rare) i possibili responsabili, assicurati, operano, omettendo questo loro fondamentale dovere.

Della necessità che la notizia del sinistro giunga al più presto all’assicuratore, il legislatore si è tanto preoccupato da stabilire termini ben precisi e quanto mai brevi.

L’avviso di sinistro deve essere effettuato entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato.

Soggetto tenuto all’avviso è in via normale l’assicurato, in quanto è ovvio che quando questi sia persona diversa dal contraente, come nel caso di assicurazione per conto altrui, l’evento giunge per primo a conoscenza di colui che ne è colpito e cioè dell’assicurato medesimo.”

¹⁶⁷ Op. cit., p. 286.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 294.

Consideram-se sinistros reclamações efectuadas durante a vigência do contrato, *claims made basis*, independentemente do momento em que tenha sido praticado o respectivo facto gerador ou verificado o dano (naturalmente, desde que o segurado dele não tenha conhecimento), admitindo-se que os mesmos possam ser anteriores ao início do contrato – designado sistema da cobertura anterior ou retroactiva –, a aceitação destas condições motivará naturalmente a seguradora a obter do tomador do seguro uma muito mais exhaustiva indicação acerca de seu historial de responsabilidade civil além de um conhecimento muito mais profundo da sua atividade profissional ou industrial.

De posse das informações sobre o sinistro, ou seja, avisado o sinistro, a seguradora, como dito, designará o responsável para a condução de cada etapa da regulação do sinistro, que passará as instruções necessárias para a análise dos fatos.

Trata-se de processo bastante dinâmico, cuja colaboração do segurado é fundamental não só para assertividade do direcionamento dos fatos narrados a luz do enquadramento do contrato de seguro, como também para viabilizar, sempre que possível, todo apoio preliminar decorrente de coberturas que visam suportar a apuração para eventos possíveis de cobertura pela apólice.

Caso a colocação do risco tenha sido feita através de corretores especializados, o segurado contará com sua assessoria técnica e intermediação dos procedimentos relacionados a regulação do sinistro diretamente com a seguradora.

Essa assessoria tem se mostrado de grande valia especialmente aqueles profissionais que não conhecem detalhadamente a apólice de seguros para riscos profissionais médicos, como também os procedimentos relacionados diretamente a regulação do sinistro na busca pela melhor contextualização dos fatos e o enquadramento destes à luz do contrato de seguros, suas especificidades e obrigações, coberturas relacionadas, como também situações de inaplicabilidade dos efeitos e suas exclusões.

Daniele de Strobel¹⁶⁹ menciona que os corretores atuam até como consultores e agentes dos segurados, totalmente fora das organizações das

¹⁶⁹ Op. cit. p. 86 e 87: “Altri ancora, i brokers, fungono addirittura come consulenti e mandatari degli assicurati, per cui sono totalmente al di fuori delle organizzazioni delle compagnie di assicurazione. (...)”

seguradoras. Além da tarefa específica que coloca o corretor em contato com a seguradora, o corretor atua na consultoria e assistência administrativa direta ao segurado.

Desta feita, terá o segurado a oportunidade, com a melhor avaliação disponível para cada etapa, ajustar a avaliação dos riscos principalmente relacionados aos efeitos de suas decisões a cada etapa do processo decorrente da pretensão do paciente envolvido.

No caso de o segurado ser acionado judicialmente, do mesmo deverá dar ciência imediata a seguradora, para que esta não só acompanhe o deslinde da ação judicial, como também internamente cumpra suas obrigações regulatórias inerentes a sua atividade, como a de provisionar valores a serem eventualmente pagos.

O dever de informar a seguradora resta expresso no parágrafo terceiro do artigo 787¹⁷⁰ do Código Civil, que uma vez intimado de ação judicial contra si, deve o segurado dar ciência da lide à seguradora.

Nesse sentido, em cumprimento ao previsto no art. 206, §1º, II, alínea “a”¹⁷¹, do Código Civil, deverá o segurado comunicar ao segurador no prazo máximo de um ano da data em que é citado para responder ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com anuência do segurador, sob pena de ter seu direito de amparo na apólice de seguro prescrito.

Feito o aviso do sinistro, o prazo é suspenso até o deslinde da ação judicial. Caberá ao segurado, caso não tenha denunciado a seguradora à lide, deixá-la a par de todo o andamento do processo, fornecendo-lhe cópia de todas as peças e decisões judiciais, bem como formalmente comunicá-la

Allo specifico compito che pone il broker in contatto con l'assicuratore, si aggiunge una attività per così dire interna, cioè svolgentesi nella sfera própria dell'assicurato, di consulenza e di assistenza amministrativa.”

¹⁷⁰ Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

¹⁷¹ Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

acerca da finalização da demanda, momento em que poderá ter direito ou não à indenização do seguro, conforme o caso.

Importante frisar que é vedado ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador (parágrafo segundo do artigo 787¹⁷² Código Civil).

Obviamente não terá o segurado a liberdade de pactuar acordos com terceiros sem que a seguradora avalie suas condições, já que em tese caberia a ela o desembolso dos valores, se coberto o evento.

Portanto, se a seguradora não participar da ação judicial, que o segurado atue juntamente com a seguradora no melhor deslinde da questão.

Sobre a não celebração de acordos sem a anuência da seguradora, a Lei Argentina n° 17418 de 1967¹⁷³ também estabelece em seu artigo 116¹⁷⁴ que a seguradora cumprirá a condenação judicial na parte sob sua responsabilidade nos termos processuais e que o segurado não pode reconhecer sua responsabilidade ou realizar uma transação sem consentimento da seguradora.

Nota-se que referida previsão ainda menciona que a seguradora arcará com a condenação judicial sob sua responsabilidade nos termos processuais.

Ainda, pode a seguradora participar da ação como litisconsorte necessário, se assim desejar, dada a existência da apólice, e obviamente se for aceito pelo juízo correspondente.

¹⁷² Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

¹⁷³ Argentina – Ley 17418 de 30 de agosto de 1967. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-17418-39520/texto> Acesso em 21 abr. 2023.

¹⁷⁴ Art. 116. *El asegurador cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales.*

Reconocimiento de responsabilidad

El asegurado no puede reconocer su responsabilidad ni celebrar transacción sin anuencia del asegurador. Cuando esos actos se celebren con intervención del asegurador, éste entregará los fondos que correspondan según el contrato en término útil para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas.

De acordo com o artigo 125, inciso II¹⁷⁵ do Código de Processo Civil, é admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes aquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Como cita Arnaldo Rizzardo¹⁷⁶:

O §3º manda que se o terceiro intentar a ação contra o segurado, cabe a este dar ciência ao segurador: "Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador". Assumindo o segurador a responsabilidade, afigura-se natural a sua comunicação da lide proposta, podendo o mesmo comparecer aos autos, na qualidade de litisconsorte necessário, ou de assistente, ou de substituto processual de parte. No entanto, não se retira da regra a ilegitimidade passiva do segurado, eis que a sua relação com o segurador não interessa ao terceiro lesado.

Como consideração adicional, resta dizer que, no caso de sinistros relacionados a propositura de ação judicial em desfavor do segurado, este terá a faculdade de denunciar seu contrato de seguro para chamar ao feito a seguradora.

Neste sentido, uma vez deferida pelo juízo, e após a devida intimação da seguradora, esta se fará representada nos autos do processo através de seus advogados, como forma não só de subsidiar os elementos guerreados na lide primária, como também, e principalmente, aqueles determinados a lide secundária, grife-se, que remanesce a medida em que as apurações e decisões relacionadas a lide primária passem a ter afetação direta sobre a disputa aberta em caráter subsidiário na lide secundária.

Em outras palavras, após julgamento que caracterize a responsabilidade civil do segurado, este afetará a lide secundária e objetivará a avaliação do enquadramento desta condenação nas condições da apólice, para então, se respaldadas pelas coberturas contratadas e demais condições da apólice, determinar a seguradora o pagamento da indenização nos limites do contrato de seguro celebrado entre as partes.

¹⁷⁵ Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes:

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 869.

Na prática, muito comum também, é que haja a propositura de ação judicial somente em desfavor do segurado, tendo este optado em não denunciar a seguradora da lide, ou com sua pretensão indeferida.

Neste caso, a seguradora deverá acompanhar o deslinde de cada etapa processual administrativamente, na regulação de sinistro, e indicar ao segurado, as avaliações possíveis e pertinentes a cada fase do processo, como forma de subsidiar o comportamento da apólice contratada antes aos fatos narrados, provas produzidas, elementos enfrentados pela jurisprudência, para finalmente avaliar os pressupostos e fundamentos das decisões a serem produzidas em quantas instâncias recursais forem necessárias para a busca do mais lídimo interesse guerreado.

Digno de nota avaliação acerca da faculdade do segurado em realizar a denúncia da lide de seu contrato de seguro. Salutar que esses casos restem adstritos aos de maior exposição financeira em que o segurado tem sob seu contrato dúvidas ou discordâncias importantes acerca do aspecto de amparo e cobertura securitária, razão pela qual poderá contar com o pronunciamento do juízo diretamente relacionado a lide secundária para determinação da forma de aplicação de seu contrato para o caso guerreado.

Já para os casos regulares, há que se observar, a exposição desnecessária para a lide processual e potencial pretensão exacerbada dos autores e ânsia do próprio julgador quanto a eventual majoração dos limites da condenação ante aos valores contratados na apólice de seguros.

É claro que a fundamentação e quantificação dos valores de condenação não deveriam ser afetados pelas características acima mencionadas, contudo, na prática forense, especialmente diante de comarcas ou julgadores menos atentos e sujeitos ao grau de emoção relacionado aos danos sofridos pelo paciente, podem sim, agravar esses valores já que o profissional conta com o amparo de seu segurador.

Certo é que nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê a vedação da denunciação da lide em seu artigo 88¹⁷⁷.

Todavia, tem-se aceitado a denunciação da lide de seguradoras, ainda que versem sobre relação de consumo, em virtude da apólice contratada que visa cobrir justamente a responsabilização civil do segurado, como medida inclusive de segurança para o consumidor, aumentando a garantia de receber a indenização que lhe for devida, nos termos do artigo 101, II¹⁷⁸, do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. VEDAÇÃO PELO ARTIGO 88 DO CDC. CHAMAMENTO AO PROCESSO. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO AO CONSUMIDOR.

1. O colendo Superior Tribunal de Justiça entende que a vedação à denunciação da lide, prevista no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, não se restringe à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo também aplicável nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC).
2. A única hipótese na qual se admite a intervenção de terceiro nas ações que versem sobre relação de consumo é o caso de chamamento ao processo do segurador, nos contratos de seguro celebrados para garantir eventual responsabilização civil a que o contratante vier a ser condenado.
3. O teor do artigo 101, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor beneficia o consumidor na medida em que amplia a possibilidade de cobrança, em eventual sentença de procedência, aos devedores solidários, prestador do serviço e seguradora, aumentando a garantia do consumidor em receber a indenização que lhe for devida, prestigiando a concretização do princípio da reparação integral dos danos, encartado no artigo 6o, inciso VI, do CDC.
4. A responsabilidade da seguradora limita-se aos valores constantes da apólice de seguro, conforme tese firmada pelo Resp. 925.130/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos.
5. Deu-se provimento ao agravo de instrumento.

¹⁷⁷ Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

¹⁷⁸ Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

(DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n. 1033481. Relator Desembargador Flávio Rostirola. Julgado em 26 jul. 2017)

Depreende-se do julgado o afã pelo aumento da garantia quanto ao recebimento da indenização diretamente tendo a seguradora na lide como garantidora para prestigiar o princípio da reparação integral do dano e da economia processual atrelada a celeridade da liquidação, ainda que tal situação possa subverter em determinados aspectos as hipóteses para admissão de referida intervenção processual.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 72/2008 regula o contrato de seguro, e estabelece o Regime Jurídico do Contrato de Seguro¹⁷⁹. Os artigos 137 em diante tratam do seguro de responsabilidade civil. De acordo com o artigo 140, no seguro de responsabilidade civil a seguradora pode intervir em qualquer processo judicial ou administrativo em que se discuta a obrigação de indenizar, cujo risco ela tenha assumido. E o segurado deve prestar à seguradora todas as informações exigidas e abster-se de agravar a posição processual da seguradora.

Na Espanha, a Lei nº 50 de 1980 regula o contrato de seguro¹⁸⁰. Os artigos 73 e seguintes tratam do seguro de responsabilidade civil. De acordo com o artigo 74, a seguradora assumirá a direção jurídica da reclamação contra o segurado, assumindo inclusive os gastos com a defesa, devendo o segurado colaborar com o direcionamento da seguradora no caso.

Importante citar que não cabe ação direta do terceiro prejudicado em face da seguradora, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ - Súmula 529¹⁸¹: “no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”.

¹⁷⁹ Portugal - Decreto-Lei nº 72 de 2008. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2657&tabela=leis&so_miolo Acesso em 21 abr. 2023.

¹⁸⁰ Espanha – Lei 50/1980. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-22501-consolidado.pdf> Acesso em 21 abr. 2023.

¹⁸¹ Brasil. Segunda Seção aprova três novas súmulas. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-05-18_09-42_Segunda-Secao-aprova-tres-novas-sumulas.aspx. Acesso em 12 fev. 2023.

Vale aclarar que a obrigação de liquidação indenitória não prescinde de seu chamamento ao processo, mas tão somente da comunicação administrativa do segurado para com seu contrato e acerca da decisão judicial quanto a condenação a ser praticada.

Nesse sentido, a seguradora atua inclusive em conjunto com seu segurado, para mitigação de riscos que agravem os prejuízos financeiros como também em benefício da celeridade processual, observando, sempre que presentes, os requisitos para liquidação. Não há a necessidade da seguradora intervir na lide para a continuidade do deslinde processual, na medida em que o risco e a responsabilidade restam caracterizadas e, portanto, aptas a liquidação.

Essa liquidação antecipada objetiva inclusive evitar custos futuros com a manutenção do trâmite processual como também minimizar a aplicação de juros e correção monetárias mensalmente até liquidação definitiva do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA CONTRA HOSPITAL, MÉDICO ANESTESISTA E O PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE VIDEOARTROSCOPIA DO JOELHO, MEDIANTE ANESTESIA RAQUIDIANA. PARAPLEGIA SURGIDA DIAS APÓS A OPERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A PARAPLEGIA OCORREU EM VIRTUDE DE ERRO NO PROCEDIMENTO ANESTÉSICO. RELAÇÃO JURÍDICA SUBMETIDA AO CDC. PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE FORMULADO PELO ANESTESISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. VEDAÇÃO DO ART. 88 DO CDC. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. PROFESSIONAL QUE FIRMOU CONTRATO QUE OBRIGA A SEGURADORA A INDENIZAR EVENTUAL PREJUÍZO DECORRENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITO DE REGRESSO EM AÇÃO AUTÔNOMA INVIABILIZADA EM RAZÃO DO PRAZO PRESCRIÇÃO EXÍGUO. ART. 206, §1º, II, A, DO CC. POSSIBILIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA SEGURADORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 101, II, DO CDC. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS ADMITIDA NA HIPÓTESE. MEDIDA QUE NÃO PREJUDICA O AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.081877-8. Relatora Viviane Isabel Daniel Speck de Souza. Julgado em 20 ago. 2015)

Assim, ainda que o teor do artigo 101, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor beneficie o consumidor na medida em que amplia a possibilidade de cobrança, em eventual sentença de procedência, aos devedores solidários, prestador do serviço e seguradora, e aumente a garantia do consumidor em receber a indenização que lhe for devida,

prestigiando, deste modo, a concretização do princípio da reparação integral dos danos, é importante destacar que esse amparo já resta caracterizado pela simples regulação administrativa do sinistro diretamente com a seguradora.

Não entramos no mérito aqui com relação a necessidade ou obrigatoriedade ou não da denúncia da lide da seguradora em todo e qualquer sinistro. Este ponto não é o ponto deste trabalho. A ideia é somente demonstrar a possibilidade de tal denúncia.

Fato é que não muda o dever da seguradora de honrar com a indenização devida em decorrência da apólice emitida, se estiverem presentes todos os requisitos para a cobertura do evento, como já abordado.

O que se tem ao certo é justamente a proteção ao segurado, seja na via administrativa, seja na via judicial, de contar com o seguro, se coberto o sinistro, para que não haja necessidade de desembolsar os valores de eventual condenação e/ou acordo.

Importante frisar que em qualquer caso, a responsabilidade da seguradora sempre estará limitada aos valores constantes da apólice de seguro – inclusive em sede de denúncia da lide.

Tal matéria foi inclusive objeto de súmula do STJ:

SÚMULA N. 537

Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denúncia ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_45_capSumulas537-541.pdf . Acesso em 17 mar. 2023)

No caso da condenação solidária praticada diretamente nos autos em relação a obrigação da lide secundária poderá haver a liquidação direta aos autores, nos termos e limites do contrato, ainda que a obrigação tenha se dado contratualmente em caráter de reembolso:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM

FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.

2. Recurso especial não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 925.130-SP (2007/0030484-4). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 08 fev. 2012)

Certo é que a condenação direta e solidária da seguradora, no caso concreto, deverá sempre observar os detalhes e condições da lide secundária.

Isto porque o seguro contém suas características próprias, de acordo com o produto e condições contratadas junto à seguradora. Há de se observar, em qualquer caso, os limites de indenização, as franquias, os riscos excluídos, as demais condições que podem levar inclusive a perda de direitos da indenização pelo segurado, dentre outros fatores.

Se não fosse observado, estaríamos diante de um cenário prejudicial ao mercado segurador, que é baseado em premissas atuariais para a precificação dos riscos a serem oferecidos e cobertos pelo seguro, como já visto anteriormente.

9.3 Da classificação das coberturas do seguro de responsabilidade civil profissional

A caracterização do evento acidental é determinante e necessária para o escopo de cobertura securitária, já que a concorrência de evento praticado pelo profissional com intenção de produzir determinado resultado descaracteriza a imprevisão necessária para que a alea securitária exista, sem a qual não há que se falar em risco segurável.

Em qualquer tipo de seguro de responsabilidade civil, é imprescindível que o ato praticado esteja dentro da legalidade e diretamente relacionado a atividade médica. Assim, caso determinado pleito tenha origem em atividade

diversa, ainda que o profissional possa ser responsabilizado civilmente, não encontrará amparo securitário.

Como já mencionado anteriormente o seguro de responsabilidade civil profissional para a área médica encontra fundamento na proteção da responsabilização civil decorrente da falha profissional que decorra de imprudência, imperícia ou negligência sempre que relacionada ao nexo de causalidade, por ação ou omissão, entre a atividade do profissional e o dano experimentado pelo paciente.

A depender da forma de atuação do profissional, é possível contratar coberturas específicas relacionadas as mais diversas particularidades decorrentes de sua atividade profissional cotidiana.

São proteções concedidas elencadas nas condições contratuais pactuadas classificadas como básica, aquelas sem as quais o contrato não poderia ser constituído; coberturas opcionais, em caráter complementar às anteriores, no sentido de ampliar o escopo de cobertura relacionada a particularidades de atividades; e por fim as coberturas especiais, estas mais específicas e que podem trazer inclusive determinadas revogações para exclusões habitualmente praticadas para um plano de seguro que, tendo sido pago prêmio adicional específico para o aumento do escopo de cobertura securitária, poderá ser concedida e, portanto, ampliar ou eventualmente restringir o escopo de proteção pretendido pelo segurado.

Em complemento as coberturas indicadas, há que mencionar aquelas relacionadas a despesas com contenção de sinistros e salvamento. Nesse diapasão, entende-se como contenção de sinistros as medidas imediatas para evitar risco iminente coberto pelo seguro, sem os quais os riscos cobertos aconteceriam de fato, desde que atrelados diretamente aos termos das coberturas contratadas.

Já quanto a salvamento, entende-se a aplicação de medidas imediatas, esta já após a ocorrência de um sinistro, com o fito de minorar consequências e evitar a propagação de novas perdas cobertas.

9.3.1 Da Cobertura para os custos de defesa do segurado

Nos termos da Circular SUSEP nº 637 de 27 de julho de 2021¹⁸², custos de defesa estão definidos como custas judiciais ou outros meios de solução de conflitos, e incluem os honorários advocatícios e periciais, assim como as despesas necessárias para apresentar a defesa e/ou os recursos do segurado.

Nesse sentido, geralmente é definido na apólice como custos de defesa do segurado os honorários advocatícios e custos relacionados ao trâmite processual como aqueles que decorrem de laudos periciais, depósitos, garantias e demais despesas necessárias para a defesa do segurado em decorrência de reclamação coberta.

Nesse sentido, imperioso ressaltar, que essa cobertura resta adstrita a eventos caracterizados como cobertos e que tenham sido avisados a seguradora previamente para que possa ser avaliada não só a pertinência dos gastos, bem como quanto a razoabilidade dos valores praticados a serem objetos de cobertura da apólice.

Trata-se de cobertura de suma importância, que garantirá o conforto necessário para que o segurado exerça seu direito de livre contratação e tenha esses valores, ou parte deles em situações que exorbitem aqueles habitualmente praticados por profissionais equivalentes para defesa de interesses análogos.

Assim, indicará a seguradora os limites pelos quais os valores poderão ser reembolsados tomando por base a razoabilidade em casos análogos relacionados a profissionais com as mesmas qualificações e expertise ao tema a ser tratado, para que o segurado, possa seguir com a contratação que deseja e tenha o amparo de sua apólice nos limites previamente informados.

¹⁸² SUSEP - Circular nº 637 de 27 de julho de 2021:

V - custos de defesa: compreendem as custas judiciais ou de outros meios de solução de conflitos, os honorários advocatícios e periciais, assim como as despesas necessárias para apresentar a defesa e/ou os recursos do segurado, relativos a reclamações em seguros de responsabilidade civil, conforme o contrato de seguro;

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686> Acesso em 15 mar. 2023.

Nesse mister, determinadas apólices podem prever antecipação dos custos de defesa como forma de auxiliar o segurado ao pagamento dos valores relacionados a atividade *sub judice*.

Esta antecipação está condicionada a anuência prévia e expressa da seguradora, no tocante a razoabilidade dos custos e pertinência das avaliações, ainda que sob o pálio da precariedade e sob condição resolutive aos aspectos caracterizadores de potenciais exclusões a serem aplicáveis.

Passada essa etapa, terá o segurado, condições de usufruir do benefício pactuado para não incorrer em custos extras relacionados a contratação de sua defesa.

Conforme a Circular SUSEP nº 637/2021¹⁸³, deve haver menção expressa nas condições gerais do seguro sobre a possibilidade de livre escolha, pelo segurado, ou utilização de profissionais referenciados. Ou seja, não pode a seguradora indicar o profissional que o segurado deverá adotar para sua defesa.

Deve constar também nas condições do seguro o direito de ressarcimento à seguradora dos valores relacionados aos custos de defesa, se estes tenham sido adiantados ao segurado, se provado que os danos decorreram de atos ilícitos dolosos do segurado.

9.4 Da indenização do seguro

Surgirá o direito à indenização na medida em que haja caracterização de sinistro coberto para a apólice.

¹⁸³ SUSEP - Circular nº 637 de 27 de julho de 2021:

Art. 9º Nas condições contratuais dos seguros de responsabilidade civil, deve haver expressa menção sobre:

I - a personalidade jurídica dos contratantes (pessoas físicas ou jurídicas);

II - a possibilidade de livre escolha ou da utilização de profissionais referenciados, pelos segurados, no caso de ser comercializada cobertura para os custos de defesa; e

III - o direito de ressarcimento da sociedade seguradora por valores adiantados ao segurado ou ao tomador, nos casos de comercializada cobertura para os custos de defesa, quando os danos causados a terceiros tenham decorrido de atos ilícitos dolosos.

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686> Acesso em 15 mar. 2023.

De acordo com o artigo 776¹⁸⁴ do Código Civil o segurador é obrigado a pagar em dinheiro a indenização.

Como ensina Arnaldo Rizzardo sobre as obrigações do segurador¹⁸⁵:

A mais importante de suas obrigações é indenizar o segurado quanto aos prejuízos sofridos com o sinistro, efetuando-se o pagamento em dinheiro, conforme emana o artigo 757 (art. 1.432 do Código revogado), e em especial do art. 776 (art. 1.458 do Código anterior), salvo ressalva autorizando a restituição da coisa in natura, como nos consertos e reparos de veículos acidentado ou reconstrução de imóvel destruído por incêndio.

A indenização, portanto, será feita mediante reembolso dos valores dispendidos pelo segurado e/ou pagamento das indenizações a que o segurado for condenado.

Como parte da condições pactuadas, é definido o limite máximo de indenização, como representante do valor máximo de responsabilidade assumida para as coberturas contratadas.

Assim, a soma de indenizações pagas ao longo da vigência de uma apólice, relativa a um sinistro ou série de sinistros, não poderão ultrapassar o limite máximo de indenização fixado quando da contratação do seguro, valor este correspondente ao prêmio pago pelo segurado.

Algumas regras estão dispostas no contrato como forma de garantir a transparência e assertividade para a gestão desses recursos, como a necessidade de alinhamento prévio com a seguradora antes que o segurado faça qualquer assunção de responsabilidade ou incorra diretamente na liquidação de encargos ou despesas sem expressa anuência da seguradora, como já observado anteriormente.

Sempre que apurada a responsabilidade civil do segurado, quer por sentença judicial transitada em julgado, ou em acordo autorizado de forma expressa pela seguradora, e coberto o sinistro de acordo com as condições contratuais, a seguradora efetuará o pagamento da indenização relacionada a reparação pecuniária a que o segurado for compelido a pagar.

¹⁸⁴ Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 885.

Nesse sentido, vale reforçar a necessidade de observância de todas as cláusulas e regras pactuadas, entre as quais a dos próprios valores estabelecidos como franquia para cada tipo de cobertura.

A obrigação da seguradora de pagar uma indenização decorre do sinistro. Tanto que Daniele de Strobel¹⁸⁶ menciona, sobre o seguro de responsabilidade civil, da atuação da seguradora no reembolso das quantias que o segurado é obrigada a pagar.

E continua Daniele de Strobel¹⁸⁷, sobre o pagamento da indenização pela seguradora, que não há necessidade de aguardar a formação de título decorrente de uma sentença transitada em julgado, mas pode também cumprir espontaneamente a sua obrigação através de negociações amigáveis que culminem na liquidação.

Franquias são participações do próprio segurado em relação ao prejuízo a ser realizado. Poderá ser contratada a valor fixo, ou variável, este último denominado participação obrigatória em que é fixado um percentual aplicável sobre os valores a serem indenizados.

Nesse sentido, a franquia surge para dar participação ao segurado aos prejuízos decorrentes da álea securitária e desestimular comportamentos prejudiciais ao mutualismo presente no contrato de seguros em que a sinistralidade afeta diretamente os valores dos prêmios.

José Vasques¹⁸⁸ traz definição bastante esclarecedora sobre a franquia, que pode ser fixada em um determinado valor, ou ainda porcentagem dos dados, a ser deduzido do montante a ser indenizado pela seguradora em caso de sinistro coberto pela apólice:

As franquias são a parte do sinistro que fica a cargo do segurado. O seu fundamento é múltiplo: funcionam como estímulo à atitude prudente do segurado, que uma indemnização total poderia atenuar; são elementos de

¹⁸⁶ Op. cit. p. 139: “Dal sinistro discende l’obbligo dell’assicuratore al pagamento dell’indennità. All’inizio del fenomeno assicurativo della responsabilità civile, la prestazione dell’assicuratore consisteva nel rimborso di quelle somme che l’assicurato fosse tenuto a pagare. Questa condizione spiega forse il sorgere, in passato, dell’opinione che concepiva perfezionato il sinistro all’atto del pagamento da parte dell’assicuratore del proprio debito.”

¹⁸⁷ Op. cit. p. 140: “La facoltà di pagamento diretto non è legata alla condizione suddetta, per cui senza attendere il formarsi del titolo nascente da sentenza passata in giudicato, l’assicuratore può spontaneamente assolvere mediante trattative amichevoli culminante nel negozio transattivo, la propria obbligazione.”

¹⁸⁸ Op. cit., p. 309.

cálculo do prêmio, na medida em que, da globalidade do montante do sinistro, um determinado valor ou uma certa percentagem ficarão a cargo do segurado e, finalmente, funcionam como elemento técnico-administrativo, eliminando a responsabilidade de o segurador se ocupar de sinistros de pequeno valor.

As franquias podem consistir na fixação de um valor ou de uma percentagem dos danos abaixo do qual o segurador não intervêm (ou ainda numa combinação de ambas: ficando a cargo do segurado uma determinada percentagem dos danos, a qual não poderá ultrapassar uma quantia também fixada na apólice). Em qualquer dos casos o valor da franquia será deduzido do montante indemnizatório apurado.

Assim, finalizada a regulação do sinistro, e tendo sido acordado entre as partes seus termos, condições e quantificação dos prejuízos, a seguradora indenizará o montante dos prejuízos apurados, validados para cada cobertura e dentro dos limites de responsabilidade estabelecidos contratualmente.

Neste mister, poderá haver situações em que o segurado, além de sua participação na liquidação da franquia, poderá incorrer em custos adicionais que não estiverem protegidos pelo contrato de seguro, restando sua caracterização de responsabilidade civil, sem aparo nesta parte em que provavelmente optou por não contratar.

Habitualmente os termos e condições da apólice determinam que todos os danos decorrentes do mesmo fato gerador serão considerados um único sinistro, qualquer que seja o número de reclamantes ou reclamações. Esta determinação determina a aplicação do mesmo contrato, suas condições e limites contratados, o que de per si evidencia a necessidade de gerenciamento do saldo das importâncias seguradas como forma de avaliar o momento para eventual esgotamento dos limites, momento em que o segurado passaria a responder sem proteção securitária.

Ponto de extrema relevância são as tratativas de acordo, quer seja judicial ou extrajudicial, em que o segurado deseje firmar com o terceiro prejudicado, que só terá validade nos termos do contrato de seguro, se houver prévia e expressa anuência da seguradora quanto aos termos a valores a serem transigidos.

Doutra sorte, caso a seguradora, tendo justificada sua recomendação para acordo e que esta tenha sido aceita pelo terceiro prejudicado e que

porventura não queira o segurado transigir, a seguradora não responderá por qualquer quantia acima das quais fizeram constar na proposta aceita pelo terceiro e que o sinistro seria liquidado.

Isto se dá basicamente pelo agravamento de risco originado da conduta do segurado em não concordar, sem plausibilidade e verificação dos elementos caracterizadores de sua responsabilidade civil e amparo contratual, com a liquidação nos valores aceitos pelo autor da demanda.

9.5 Das exclusões do seguro

Insta aclarar que atos ilícitos dolosos, assim como culpa grave equiparável ao dolo, entendidos como danos diretamente causados a terceiros com intenção de causar prejuízo ou obter qualquer tipo de vantagem, por determinação legal e contratual, são expressamente excluídos de cobertura dos seguros.

Observa-se que esta exclusão não é aplicada somente no Brasil. Em Portugal, Pedro Romano Martinez¹⁸⁹ menciona sobre a exclusão para atos dolosos:

Apesar de não caber ao seguro alterar os pressupostos da responsabilidade civil, pode limitar a cobertura, por exemplo, circunscrevendo-a só a actos culposos, não cobrindo danos dolosamente causados pelo segurado. A não cobertura de actos dolosos encontra uma origem histórica, tendo em vista viabilizar o seguro de responsabilidade civil, entendido como inadmissível por contrariar valores jurídico-sociais, mormente da assunção pessoal da responsabilidade pelos actos praticados, e uma justificação actual, com uma base histórica modernizada e uma fundamentação económica, actuarial. Razão pela qual, tanto no plano nacional como no internacional, o seguro de responsabilidade civil não cobre actos dolosos.

Dentre uma série de hipóteses, imperioso destacar as principais causas de exclusão de cobertura para os contratos de responsabilidade civil profissional médica, em que haverá a desobrigação da seguradora em efetuar qualquer tipo de pagamento.

¹⁸⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Ensaio sobre os seguros de responsabilidade civil*. Universidade Católica Portuguesa. *Católica Law Review*. Volume II \ Número 2 \ Maio 2018 – 41-72. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/2003> Acesso em 24 abr. 2023.

Não é preciso desenvolver grandes argumentos para entender que a proteção de seguro resta adstrita a atos praticados em consonância a atividade legal do profissional e em conformidade com suas atribuições, competências, expertise etc. Assim, atos médicos proibidos por lei, ou praticados por profissionais que tiveram suas licenças suspensas, não guardam guarida a qualquer pretensão securitária.

Como dito, não há que se falar em resguardo na apólice de seguro aos atos ilícitos dolosos praticados com a intenção ou assunção de riscos caracterizadores do evento contra terceiros que tenham causado prejuízos ou obtido qualquer tipo de vantagem.

Inobstante, fatos relacionados a eventos ocorridos em período anterior ao início de vigência da apólice (período de validade), ou a seu período de retroatividade (período de validade adicional contratada compreendido entre a data retroativa e o início da vigência), não terão qualquer amparo no contrato de seguro, já que não fazem parte do risco segurável quando da contratação firmada pelas partes.

Outro ponto de relevância quando falamos em exclusões típicas e mais relacionadas as problemáticas enfrentadas na prática das regulações diz respeito aos fatos conhecidos.

Todo fato gerador, entendido para fins de seguro como sendo o acontecimento acidental e imprevisto que resulta em dano a terceiro decorrente de ato médico coberto pela apólice e que seja conhecido do segurado quando da contratação do seguro, deverá, obrigatoriamente, ser informado no questionário de risco. A ausência dessa informação pode caracterizar excludente de cobertura no contrato, ainda que latente no momento da contratação, e com reclamação apresentada durante a vigência da apólice.

Como explica Arnaldo Rizzardo¹⁹⁰:

¹⁹⁰ Op. cit., p. 885 e 886.

São fatores que eximem o segurador de toda e qualquer responsabilidade:

existência de dolo por parte do segurado, que não foi claro e legal nas informações, ou que agravou o risco ou provocou a sua ocorrência, desobedecendo aos arts. 778 e 766;

(...)

e) Deixando o segurado de agir com boa-fé e veracidade, ou não fazendo as declarações solicitadas de forma completa e verdadeira, igualmente isenta-se de responsabilidade o segurador.

Ainda dentre das principais hipóteses de exclusão de cobertura encontramos aquelas relacionadas às condenações de caráter punitivo, aquelas muitas vezes com o caráter punir por decorrência dos danos causados e desestimular a conduta do agente, carente inclusive que previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma maneira, multas ou penalidades aplicadas ao segurado quer sejam de caráter contratual ou extracontratual também não são parte integrante do rol de considerações possíveis para a apólice e por tal motivo são expressamente excluídas.

Todas as responsabilidades assumidas pelo segurado por contratos ou convenções também fogem do caráter de assunção de risco pela seguradora, já que são obrigações que não decorrem de sua responsabilização, ou ainda que possam decorrer, foram pactuadas livremente para aumentar o escopo de abrangência e por esta razão não segurável. Neste diapasão incluem-se reclamações decorrentes de resultados insatisfatórios ao desejado, quer seja decorrente de propaganda ou qualquer forma de divulgação médica ou por qualquer outro tipo de acordo que não sejam decorrentes de obrigações civis legais.

Reclamações decorrentes de ato de gestão também são expressamente excluídas. Aqueles profissionais da área médica que se dedicarem a gestão de empresas relacionadas a sua atividade devem procurar, neste sentido, proteção de seguro específico relacionado a responsabilidade civil de diretores, do termo em inglês D&O – *Directors and Officers*.

Reclamações trabalhistas, por sua própria essência, também são excluídos expressamente nesses contratos, já que, como vimos, não estão

atreladas ao objeto da apólice, ainda que tais empregados estiverem na condição de pacientes.

Atos relacionados aos crimes contra a honra tampouco encontram amparo securitário, assim como reclamações decorrentes de abusos físicos e sexuais praticados ou alegadamente praticados pelo profissional médico.

Por fim, ainda dentre as excludentes mais pautadas, vale mencionar aquelas relacionadas aos atos médicos praticados com técnica, medicamentos e/ou equipamentos não reconhecidos pela ciência médica e/ou órgãos competentes, como também atos que envolvam o emprego de técnicas experimentais.

Um ponto importante a ser citado se refere ao dano moral. Muitas seguradoras consideram Danos Morais como risco excluído da apólice, de modo que há a possibilidade de que um profissional seja condenado judicialmente por danos morais e não possua cobertura.

Porém, algumas seguradoras oferecem a cobertura para esse risco mediante a contratação de cobertura adicional, de modo que poderá o profissional incluir tal cobertura na apólice mediante o pagamento do prêmio adicional correspondente.

Deve, portanto, o profissional ficar atento as regras previstas na apólice, para que não seja surpreendido posteriormente em momento futuro em caso de eventual sinistro.

Estas são as hipóteses dos principais riscos excluídos que geralmente fazem parte do rol das apólices.

De toda forma, ainda assim a contratação do seguro é sempre considerada como uma boa proteção, e considerá-la como medida adicional de segurança profissional ao médico é medida atual e necessária nos dias de hoje para trazer maior tranquilidade no exercício de sua profissão.

9.6. Da perda de direitos à indenização do seguro

Dentre uma série de hipóteses relacionadas a perda de direito e obrigações do segurado passamos a relacionar as que mais impactam a rotina experimentada pela atividade prática das regulações de sinistros.

Começamos pela proteção legal contida nos artigos 765¹⁹¹, 766¹⁹² e 768¹⁹³ do Código Civil que determinam a perda de direito quando o segurado agravar intencionalmente o risco ou quando deixar de cumprir não só as obrigações previstas no contrato como também as normas legais vigentes.

Como ensina Silvio Rodrigues¹⁹⁴, uma das obrigações do segurado é evitar o agravamento do risco:

Poder-se-ia generalizar dizendo que três são as obrigações do segurado, ou seja, a de pagar o prêmio, a de abster-se de agravar os riscos, e a de comunicar *in continenti* o sinistros ou outras ocorrências que agravem o risco.

Sobre tal assertiva, continua Silvio Rodrigues¹⁹⁵ no sentido de que é causa de perda do direito ao seguro se o segurado agravar o risco ou ainda, proceder de maneira contrária ao estipulado no contrato, por trazer o desequilíbrio no contrato originalmente pactuado:

A obrigação de não agravar os riscos do contrato representa apenas a aplicação, no caso particular do seguro, da regra geral que domina todas as convenções, segundo a qual elas não podem ser alteradas por vontade unilateral de uma das partes.

Se o segurado, de qualquer modo, agrava os riscos ou procede de maneira contrária ao estipulado no contrato, isso equivale a inserir no negócio um elemento de desequilíbrio, donde lhe resulta a perda do direito ao seguro (art. 1.454).

O profissional que haja com qualquer tipo de fraude ou sua tentativa, realize declarações falsas no questionário ou qualquer outro documento

¹⁹¹ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

¹⁹² Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

¹⁹³ Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 352.

¹⁹⁵ Op. cit., p. 353.

necessário para a avaliação do risco antes de sua contratação, e induza a erro a seguradora para a correta avaliação e condições do risco, poderá perder o direito à indenização de sua apólice.

Mas não só a eventos relacionados a subscrição, mas também aqueles também relacionados a simulação de sinistro, agravação intencional do sinistro para o recebimento de indenizações etc.

O dever de informação imediata a seguradora decorre primeiro da boa-fé da relação jurídica de seguros, razão pela qual o segurado está obrigado a comunicar à Seguradora, logo que saiba, qualquer fato suscetível de agravar o risco coberto, sob pena do segurado perder o direito à indenização, se ficar comprovado que silenciou de má-fé.

Ainda, neste sentido, sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro à seguradora, tão logo tome conhecimento, e adotará as providências imediatas para minorar suas consequências.

Na medida em que o segurado deixa de adotar essas medidas, impede o direito da seguradora de exercer seu interesse para adotar posturas mitigatórias do risco, avaliar os fatos e seus reflexos para instrumentar a melhor apuração, inclusive com realização de perícias e outras provas técnicas que podem ter guarida e eficiência tão logo a ocorrência tenha sido praticada.

Como cita Daniele de Strobel¹⁹⁶, muitas vezes a história de um contrato de seguro não é tão linear e diversas mudanças podem ocorrer ao longo de sua vigência. Estas mudanças podem dizer respeito também ao próprio objeto do contrato, havendo então a necessidade de verificação do agravamento do risco ou até mesmo da redução do risco segurado.

¹⁹⁶ Op. cit. p. 221: “Fin qui abbiamo considerato il contratto di assicurazione dela responsabilità civile nei suoi elementi essenziali, e nella ipotesi normale nelle quale i termini fissati all’inizio dai contraenti rimangono costantemente invariati.

Speso la storia di un contratto di assicurazione non è così lineare e nel corso dela vita di una polizza si verificano diversi cambiamenti.

Questi possono riguardare l’oggetto del contratto, ed allora si farà luogo ala disciplina dell’aggravamento e dela diminuzione del rischio, che ha i suoi punti estremi nella inassicurabilità e nella cessazione del rischio.”

Já para Nicolas Barbato¹⁹⁷ a seguradora elimina do âmbito da proteção aquelas situações que, segundo a técnica do seguro, pareçam contrárias aos pressupostos básicos do seguro, inclusive de modo a incentivar a contratação do seguro, de modo que o custo seja economicamente viável, inclusive.

Continua que tanto a fraude como a negligência grosseira constituem situações excluídas da cobertura, como é o caso da Argentina.

Na fraude, explica Nicolas Barbato¹⁹⁸, que ocorre quando há uma provocação dolosa injustificada do sinistro, a razão é que esse ato doloso modifica a essência do contrato de seguro, que se inicia com um risco, ou seja, um acontecimento incerto, e o ato doloso rompe, justamente, essa incerteza, ocasionando voluntariamente o sinistro, alterando a hipótese com base na qual foi calculado o prêmio. Além disso, o ato fraudulento normalmente implica um ingrediente de má-fé.

Quanto à negligência grave, o caso é um pouco diferente: na visão de Nicolas Barbato¹⁹⁹ trata-se de um ato involuntário, porque a vontade correspondente ao evento que causou o acidente não teve a intenção de provocá-lo.

¹⁹⁷ BARBATO, Nicolas H. *Culpa grave y dolo en derecho de seguros*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi, 1994, p. 24 e 25: “Hemos destacado antes que el asegurador, a fin de elaborar una forma de cobertura que se ajuste a los fundamentos esenciales del seguro, y cuyo costo resulte económicamente conveniente, va eliminando de la órbita del amparo aquellas situaciones que, conforme la técnica aseguradora, aparece contrarias a los presupuestos básicos del aseguramiento, o revisten una mayor probabilidad, intensidad o concentración siniestral, de forma tal que la prima a pagar resulte lo más reducida posible, estimulando a las personas que posean bienes sujetos a riesgo a cubrirlos por el seguro. Por tales razones, tanto el dolo como la culpa grave constituyen situaciones que son puestas fuera de la cobertura, lo que así acontece en nuestro país, tanto en la ley (art. 70 y concs., LS), como en los contratos de seguro.

¹⁹⁸ Op. cit. p. 24: “Los motivos específicos de tales exclusiones difieren un tanto, según se trate del dolo o de la culpa grave. En el dolo, que tiene lugar cuando media injustificada provocación intencional del siniestro, la razón estriba, por una parte, en que ese acto intencional modifica el esquema esencial tomado en cuenta por el asegurador al diseñar el contrato de seguro, ya que, por definición, se ha partido de un riesgo, esto es, de un acontecimiento incierto

¹⁹⁹ Op. cit. p. 25: “y el dolo doloso quebra, precisamente, esa incertidumbre, causando voluntariamente el siniestro, alterando la hipótesis sobre la base de la cual se calculó la prima (contraprestación a carga del asegurado, que constituye la medida económica del riesgo); y, por otro lado, el dolo doloso implica normalmente un ingrediente de mala fe que el derecho castiga sistemáticamente en toda su normativa, lo que reitera en el ámbito asegurativo. En cuanto a la culpa grave, el caso es un tanto diferente: se trata de un acto no intencional – en razón de que la voluntad correspondiente al hecho que causa el siniestro no estaba dirigida a provocarlo – en, el que su excesiva imprudencia o negligencia se torna fronteriza con el dolo – del que difiere por su falta de intención específica de provocar el siniestro –, acrecentando extraordinariamente la probabilidad de la ocurrencia del hecho descrito en la cobertura asegurativa.”

Para Nicolas Barbato²⁰⁰, embora ambas as situações (dolo e negligência grave) produzam o mesmo efeito, ou seja, a exclusão da cobertura, sua natureza é um pouco diferente, pois na fraude há, pelo menos, a vontade de causar o evento, enquanto a culpa grave supõe a falta de dolo do segurado ou beneficiário, pois a culpa é sempre um elemento subjetivo situado entre a fraude e o caso fortuito.

A legislação argentina deixa de fora da cobertura o prejuízo que "o tomador ou beneficiário provocar" intencionalmente. Para Nicolas Barbato²⁰¹ a expressão "provoca" sugere uma ação na qual o elemento nocivo foi concebido e desejado, e para cuja realização a ação foi direcionada. Deste modo, uma ação é tomada para destruir o bem sobre o qual recai o interesse segurado.

10 DA IMPORTÂNCIA DO GERENCIAMENTO DE RISCO DO PROFISSIONAL NO CONTRATO DO SEGURO

Como parte do gerenciamento de risco, é comum identificar faixas de valores em que os adquirentes suportam potenciais perdas sem proteções securitárias justamente por entender que vale mais assumir o risco da ocorrência do incerto e não sabido classificado por determinadas características, do que comprar ou onerar proteções adicionais entendidas aqui como exposição nula, reduzida ou em valores aceitáveis. São os chamados auto-seguros, em que a empresa ou profissional, quantifica potencial perda e assume a liquidação na integralidade em eventual ocorrência de dano incerto.

²⁰⁰ Op. cit. 123: "Si bien ambas situaciones (dolo y culpa grave) producen, en el caso del art. 70, LS, el mismo efecto excluyente de cobertura, su naturaliza es un tanto diferente, pues en el dolo existe, cuando menos, la voluntad de provocar el hecho siniestral (o simular su producción accidental o la relación causal respecto de un acontecimiento al que se es ajeno), en tanto que la culpa grave supone falta de intención siniestral en el asegurado o beneficiário, pues, como se ha señalado, la culpa es siempre un elemento subjetivo ubicado entre el dolo y el caso fortuito.

²⁰¹ Op. cit. p. 49: "El art. 70, LS, deja fuera de la cobertura el siniestro que "el tomador o beneficiário provoca" dolosamente. La expresión "provoca" hace pensar de inmediato en una acción en la que el elemento danoso (aspecto material del siniestro) ha sido concebido y querido, y a cuyo logro se ha dirigido la acción. Se realiza una acción para destruir el bien sobre el que recae el interés asegurado."

Para facilitar, cita-se como exemplo, um médico neurocirurgião que está em processo de análise de risco relacionado a sua atividade profissional e pretende contratar apólice de seguro de responsabilidade civil profissional para ter mais tranquilidade no exercício de sua profissão.

Ciente das características de sua atividade, e dos riscos envolvidos, buscou ao longo de sua carreira já consolidada, se preparar com as melhores técnicas que envolvam suas atividades. Mas não foi só isso. Constantemente esse profissional participa de conferências e congressos nacionais e internacionais como forma de atualizar-se sempre, fortalecer sua rede de contatos e trocar experiências com outros profissionais e entender como as diversas áreas e localidades tratam de determinados assuntos e intercorrências relacionadas.

Pois bem. Sua atividade consiste principalmente em atendimentos em seu consultório, plantões realizados em hospitais em que é credenciado, cirurgias de emergência e eletivas, procedimentos realizados em consultórios e ambulatórios, tratamentos pré e pós operatórios que podem se estender por períodos significativos.

A gestão de risco deste profissional passa por uma série de importantes etapas cujo entendimento e preparação são fundamentais para a contratação de uma apólice de seguro.

Vejamos: atendimento em consultório (anamnese: conhecer seu paciente para informá-lo detalhadamente e de forma adequada). O médico se informa acerca da motivação do acompanhamento, histórico familiar, avaliação clínica para identificação e dimensionamento dos transtornos que afetam o sistema neurológico do paciente e constata eventuais anormalidades a serem tratadas. Desta avaliação surge o direcionamento quanto a necessidade de aprofundamento das investigações para solicitar exames específicos com o fito de obter análise ampla o que de per si evidencia o aumento de chances para um melhor prognóstico.

Para subsidiar essa assertiva buscamos as palavras de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo²⁰² para ilustrar as etapas de atendimento médico-paciente e os principais objetivos a serem alcançados:

{...} a prestação dos serviços médicos pode incluir diversas etapas. Em um primeiro contato com o paciente, o médico realiza o exame clínico, a fim de que possa ser firmado um diagnóstico da doença. Para que o médico possa ter alguma precisão a respeito de possíveis patologias (e até mesmo para que possa receitar os exames pertinentes), é preciso que o paciente lhe relate o histórico dos sintomas e padecimentos, procedimento que se denomina anamnese. Ultrapassada a fase do diagnóstico, inicia-se o tratamento médico {...}. Em todas as etapas da prestação dos serviços médicos, a informação é parte fundamental das obrigações que formam o conteúdo do contrato.

Nesse sentido, além da obrigação de informação clara ao paciente, no decorrer do tratamento surgirá a necessidade de elaboração do consentimento informado para a pre-execução de procedimentos. Torna-se importante atentar-se para a etapa de documentação.

Resta clara tipificação encontrada no Código Civil, em seu art. 442, como visto anteriormente, no que se refere ao dever de informação, corolário que é desdobrado do princípio da boa-fé objetiva.

Digno de nota preciosa lição de Miguel Reale²⁰³:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.

Leia-se desta disposição a obrigatoriedade imposta pelo texto legal não só da obrigação relacionada ao médico para com seu paciente, como também ao médico para com a seguradora, na medida em que a relação contratual prescinde de direitos e deveres para a boa e perfeita execução contratual.

Etapa importante para instrução mitigatória de risco muita vezes negligenciada, quer pela dinâmica de trabalho que envolvem os centros de atendimento, quer por desídia do profissional, é fundamental para comprovar

²⁰² RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 72.

²⁰³ REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. 16.08.2003. Disponível em: <https://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> Acesso em 13 mar. 2023.

não só a observação dos detalhes, como também para garantir a revisão dos procedimentos, etapas, tempo de resposta, protocolos de atendimento e emprego da boa técnica para evitar que o evento indesejado ocorra e o bem estar e segurança do paciente sejam priorizados.

Nesse sentido, especialmente para os casos de atendimento hospitalar, documento de grande relevância é o prontuário médico, que deverá indicar cada etapa do atendimento, avaliações periódicas da evolução do quadro clínico do paciente e os protocolos adotados pelos médicos para seguir a melhor e adequada conduta para cada etapa do tratamento a que o paciente é submetido.

É comum avaliar prontuários vagos, imprecisos, incompletos ou até mesmo superficiais, que em momento de apuração da ocorrência atípica depõem contra a diligência médica ante a clara dificuldade de comprovar-se que o profissional agiu com diligência, adotou os melhores procedimentos previstos pela literatura médica, certificou-se de evitar ao máximo a ocorrência indesejada e mesmo assim, tudo se mostrou inevitável e o imprevisto indesejado ocorreu, com o dano experimentado pelo paciente.

Em análise do mesmo cenário, mas agora relacionado a atividade do centro cirúrgico, ganha maior relevância a assertividade no preenchimento desse documento, já que concorre diretamente para a busca de informações de revisão de procedimentos, reavaliações, melhores escolhas para a evolução do quadro em tratamento etc.

Portanto, o prontuário médico não é documento isolado, mas o documento que reúne o passo a passo do cumprimento dos protocolos médicos estabelecidos para cada procedimento a serem cumpridos, por vezes, por diversos profissionais relacionados a atividade. E certamente será documento essencial na análise do caso específico.

Assim, quanto mais assertiva e completa forem as informações, maiores serão as chances de resposta adequada e mitigatória para resolver qualquer intercorrência e evolução indesejável ou não previstas no quadro de tratamento do paciente.

A seguir destaco trecho esclarecedor de artigo contido nas considerações de Rodrigo Tadeu de Puy e Souza²⁰⁴ com apresentação clara acerca da importância do correto preenchimento do prontuário:

O prontuário médico é um instrumento valioso à avaliação da qualidade da assistência médica prestada. O correto e completo preenchimento do prontuário tornam-se grandes aliados do médico em eventual defesa judicial. Objetivo: avaliar o uso de prontuários em Processos Ético-Profissionais (PEP) e verificar a influência destes no julgamento. Métodos: estudo descritivo, no qual foram avaliados os PEPs julgados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 2000 a 2004. Os prontuários utilizados como prova, nos PEPs, foram avaliados quanto à presença das informações requeridas: se estas informações eram completas e se eram legíveis. A partir destes dados, foi criado um escore para avaliar a qualidade do prontuário. Resultados: foram avaliados 372 médicos denunciados em 238 PEPs. A maioria era do sexo masculino (82,3%; n=306). A idade dos médicos variou de 22 a 93 anos (média de 45,88±10,16anos). Para 68% dos médicos denunciados (n=253), o prontuário foi utilizado como prova no PEP. As informações requeridas estiveram presentes em 93,7% dos prontuários, no entanto só foram consideradas completas em 53,4%. Quanto ao escore criado, 47 prontuários (18,6%) foram considerados de qualidade boa, 155 (61,3%) regular e 51 (20,1%) ruim. Os médicos que utilizaram o prontuário como prova no PEP foram mais absolvidos do que os que não utilizaram (76,6% vs. 57,1%; p<0,001). Conclusão: a presença do prontuário como prova contribuiu para a absolvição do médico no PEP, mesmo que a maioria desses prontuários tivesse uma qualidade ruim ou regular. (SILVA, Fábria; NEVES, Nedy; BITENCOURT, Almir et ai, 2007)

Vale salientar que, em caso de apuração de responsabilidade dos profissionais envolvidos, parte importante da instrumentação de análise para a elaboração de defesa do profissional encontrará guarida não só no prontuário médico, como também em todos os documentos anteriormente previstos quando da realização da gestão de risco deste profissional, como forma de evidenciar todas as etapas de atendimento de seu paciente, a começar por aquela anamnese realizada eventualmente tempos atrás no próprio consultório.

Em caso de ausência ou inconsistência dos documentos poderá haver não só a responsabilização pelo erro do profissional, negligência, imprudência ou imperícia, como também eventual excludente de responsabilidade em sua apólice de responsabilidade civil como adiante se verá, na medida em que

²⁰⁴ E SOUZA, Rodrigo Tadeu de Puy. *Documentos Médicos Comentados*. São Paulo: Lujur, 2021. p. 65.

restar caracterizado que agiu intencionalmente e colaborou diretamente para a ocorrência indesejada e sofrimento de seu paciente.

Ao tratar tanto do consentimento informado quanto do prontuário médico, atenção especial deve ser dada pelo profissional que atua na prescrição de medicamentos *off label*.

Questão controvertida reside neste tema.

Especificamente sobre a prescrição de medicamentos *off label*, algumas considerações se tornam importantes.

De acordo com definição da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – Conitec²⁰⁵, define-se *off label* como o uso de medicamento com finalidade diversa daquela aprovada em bula ou sem registo na Agência Nacional de Vigilância Sanitária nos seguintes termos :

Ainda sem tradução oficial para o português, usa-se o termo *off label* para se referir ao uso diferente do aprovado em bula ou ao uso de produto não registrado no órgão regulatório de vigilância sanitária no País, que, no Brasil, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Engloba variadas situações em que o medicamento é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento.

O Conselho Federal de Medicina se pronunciou no mesmo sentido por meio do Parecer nº 02 em 2016 - PARECER CFM nº 2/16²⁰⁶, não só quanto a definição da expressão como também para indicar que a prescrição do medicamento é de responsabilidade do médico, conforme ementa abaixo destacada:

EMENTA: Os procedimentos médicos *off label* são aqueles em que se utilizam materiais ou fármacos fora das indicações em bula ou protocolos, e sua indicação e prescrição são de responsabilidade do médico. Não

²⁰⁵ Uso Off label: erro ou necessidade? Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/zLdN6Dfgf5B6wQvR9XNmGR/?lang=pt> . Acesso em 05 jun. 2023.

²⁰⁶ PARECER CFM nº 2/16 – Disponível em: <https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/06/20.01.2016-Parecer-CFM-2-2016-Prescri%C3%A7%C3%A3o-de-Medicamentos-Off-Label-e-Resolui%C3%A7%C3%A3o-CFM-1.982-2012.pdf> . Acesso em 05 jun. 2023.

compete às Comissões de Ética emitir juízo de valor sobre o uso de *off label*.

No mesmo parecer há menção de que a Assessoria Jurídica do Conselho Federal de Medicina se posicionou acerca do assunto no sentido de que a prescrição de medicamento *off label* correrá por conta e risco do profissional que recomendou seu uso. Vale dizer que esta recomendação poderá ser objeto de caracterização de erro médico na medida em que for verificado nexos de causalidade direto a dano causado ao paciente que decorra do uso indevido, vejamos:

O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos. O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país.

E, conforme relatado ao longo do parecer, tem-se que a conduta médica é de exclusiva responsabilidade dos médicos, respondendo este por eventuais erros, e, neste caso, o Conselho Regional de Medicina ou Conselho Federal de Medicina será chamado a julgar:

O parecer sintetiza, em apertadas palavras, que o uso “*off label* de material/medicamento ocorre por uma indicação médica pontual e específica, em desconformidade com a bula e sob risco e responsabilidade do profissional que a indicou”. Em sua conclusão, o AJ do CFM não considera prudente ao CFM criar regras tanto para as prescrições *off label* quanto para que se elabore um modelo de consentimento esclarecido, porquanto as condutas médicas nessa área são da exclusiva responsabilidade dos médicos. Utilizando linguagem objetiva, as prescrições na área não são proibidas porque se lida com produtos consagrados e de utilização reconhecida, contudo fora dos parâmetros previstos em bula ou em protocolos clínicos. No caso, o médico responde por eventuais insucessos, e, nessa circunstância, o sistema CRM/CFM será chamado a julgar, fazendo-o à luz de cada caso.

Neste caso, é imprescindível que o médico atue de forma absolutamente responsável e consigne no prontuário médico o uso de medicamentos *off label*. Além disso, a obtenção do consentimento informado do paciente e/ou de seu representante legal é medida imperativa para sua

conduta, que, em eventual discussão futura, poderá ser objeto de discussão e julgamento pelo Conselho Regional de Medicina ou Conselho Federal de Medicina.

Portanto, além dos aspectos de cumprimento legal para suas atividades, do ponto de vista de gestão de risco, deverá o profissional agir atentamente quando da elaboração do prontuário médico e outros documentos importantes de sua atividade, como forma inclusive de criar evidências que suportem a comprovação de sua conduta, a mitigação do risco envolvido às apurações relacionadas ao entendimento do evento, e eventualmente a inexistência do nexo de causalidade entre conduta médica e dano experimentado pelo paciente.

Pior do que passar por um processo de investigação de conduta profissional e apuração de responsabilidade decorrente de ato praticado no exercício de suas atividades profissionais, é atravessar toda a fase de instrução probatória e chegada de decisão condenatória que determine inclusive a perda de proteção securitária ante as comprovações carreadas com impacto nas excludentes do contrato de seguro. Nessa situação, ainda que aparentemente bem resguardado por eventos pré-determinados como factíveis a sua exposição de risco, o profissional responderá como se não tivesse seguro, e terá que arcar com todos os prejuízos diretamente e sozinho.

Portanto, disciplina e entendimento profundo das etapas de sua atividade, trazem maior conforto ao profissional para atuar focado na prestação de serviço atrelada a melhor técnica, a ouvir seu paciente, ter todas as informações pertinentes a cada etapa de tratamento que lhe permitirão identificar o problema e agir rapidamente em prol do melhor resultado.

O reconhecimento da atipicidade de uma situação é condição para rápida reação em prol da busca incessante pela estabilidade do caso e volta da normalidade pretendida.

O profissional atento a esses pontos que compõe o que habitualmente chamamos de gerenciamento de riscos será reconhecido como bom parceiro para a tomada de riscos, já que, na ocorrência do evento incerto e aleatório,

terá todas as condições de demonstrar sua atenção e rápida resposta a mitigação de potenciais correções para a não caracterização do evento indesejado.

Mas não é só isso. Essas características permitirão ao profissional médico a identificação, dentro de todas as coberturas securitárias disponíveis para a contratação, definir quais são as efetivamente necessárias e relacionadas a exposição do risco atrelado especificamente a sua atividade individual.

Ainda que eventualmente situação atípica ocorra, apurada ou não a responsabilidade do médico, é importante e necessário que este profissional acompanhe a situação de forma intensificada, prestando ao paciente e aos seus familiares toda a assistência necessária, e documentando tal atendimento de forma detalhada.

Tal postura, além de demonstrar o profissional que é e que se espera em momento desfavorável, poderá contribuir com o desfecho positivo futuro, ou pelo menos diminuição de valores a serem despendidos, caso venha inclusive a ser responsabilizado, a medida que consiga demonstrar posicionamento proativo, técnico, diligente, ético e humano diante de adversidades que esteja sujeito no exercício da profissão.

Por óbvio, independentemente de o profissional contratar o seguro de responsabilidade civil, os deveres de conduta inerentes a profissão devem permanecer. Não só a relação médico paciente, como também toda a instrumentalização dos atendimentos por meio de documentos (como prontuário médico, atestados, termo de consentimento informado, contrato de prestação de serviços, etc.), como vimos, é parte essencial de sua atividade profissional.

Qualquer que seja o tipo de atendimento a ser fornecido pelo profissional, os deveres de cuidado deverão acompanhá-lo, atuando sempre com a conduta ética e segura, prestando todos os esclarecimentos necessários ao paciente e familiares, na busca incansável pela segurança que deve ser pautada sua profissão.

Uma vez contratado o seguro, certamente todos se beneficiarão da postura proativa do profissional, elevando as chances de êxito relacionadas a reclamações porventura existentes futuramente e viabilizarão a mitigação de exposição financeira atrelada ao agravamento das condenações.

11 CONTRIBUIÇÃO NORTE-AMERICANA SOBRE O SEGURO DE RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL MÉDICA

Traz-se ao presente importante estudo realizado a respeito do seguro de responsabilidade profissional médica e sua relação com erros médicos e o gerenciamento de riscos de saúde para o médico, apresentado por Richard L. Abbot, Paul Weber e Betsy Kelley²⁰⁷.

O estudo teve como objetivo²⁰⁸ a revisão de casos relacionados ao seguro de responsabilidade civil profissional médica e sua relação com o erro médico e o gerenciamento de risco de saúde por meio da revisão de literatura focada na experiência clínica.

Foi possível apurar importante aumento em frequência e gravidade das reclamações e ações judiciais sofridas pelos médicos. Nesse sentido, resta clara a necessidade para o controle de riscos que envolvem a prática médica como forma de mitigação de suas ocorrências.

O estudo indicou causalidade direta deste aumento de judicialização com o impacto no aumento dos prêmios de seguro de responsabilidade civil profissional médica em decorrência do aumento dos custos de defesa dos médicos.

Alerta para a necessidade no aprimoramento dos serviços de gestão do risco de responsabilidade profissional pelas seguradoras relacionados ao erro médico não apenas para proteger a viabilidade econômica dos médicos, mas também aborda as questões de segurança do paciente.

²⁰⁷ ABBOTT, Richard L.; WEBER, Paul; KELLEY, Betsy. *Medical Professional Liability Insurance and its Relation to Medical Error and Healthcare Risk Management for the Practicing Physician*. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16376659/>. Acesso em 15 jul. 2022.

²⁰⁸ PURPOSE: To review the history and current issues surrounding medical professional liability insurance and its relationship to medical error and healthcare risk management.

As conclusões apresentadas pelos pesquisadores foram no sentido de que as seguradoras continuarão a ser os provedores dominantes de seguro para médicos e servirão como a principal fonte de serviços de prevenção de perdas e gerenciamento de risco.

Este fato fortalece o argumento deste trabalho no sentido de exaltar a observância para a diligente gestão de risco do profissional da medicina como forma de minimizar o risco da responsabilidade médica na sua prática diária.

Os dados levantados pelos pesquisadores nos Estados Unidos indicam que até meados da década de 1970 os prêmios para esses seguros eram relativamente baixos, as perdas eram modestas e os médicos tinham pouca preocupação de serem processados. No entanto, a partir da metade da década de 1970, o número de reclamações e o tamanho das indenizações e acordos aumentaram significativamente.

Neste período a tendência de aumento da frequência e severidade e a diminuição da oferta do produto tornaram o seguro de responsabilidade profissional proibitivamente caro ou difícil de obter para muitos médicos. Onde havia cobertura disponível, os limites da apólice e a abrangência da cobertura foram severamente limitados. Como resultado, muitas novas empresas de responsabilidade por má prática foram fundadas por médicos em conjunto com organizações médicas estaduais ou suas respectivas sociedades de subespecialidades médicas ou cirúrgicas.

Com o surgimento de reforma na legislação de responsabilidade civil médica em alguns estados americanos, como a Califórnia, para limitar os valores indenitários, observou-se impacto positivo no controle do aumento dos prêmios pelo seguro de responsabilidade médica profissional.

Os dados apresentados mostram que um em cada seis médicos enfrenta uma reclamação por erro médico a cada ano, e obstetras, cirurgiões ortopédicos e neurocirurgiões incorrem em uma reclamação a cada dois anos e meio.

Outro ponto importante sobre o aspecto dessa judicialização destacado pelo estudo foi a dificuldade de incentivar que os profissionais compartilhem

informações relacionadas aos erros ante a dificuldade gerada pelas consequências legais a que os médicos são submetidos.

Segundo artigo publicado pela American Medical Association²⁰⁹ em 2023 foi observado que 31% de todos os médicos foram processados em algum momento de suas carreiras, e que esse percentual aumenta consideravelmente com a idade. Quase metade dos médicos com 55 anos ou mais já foi processada. O estudo indica que cirurgiões gerais e obstetras/ginecologistas são especialidades consideradas de alto risco, com 75% desses profissionais tendo enfrentado processos judiciais em algum momento de suas carreiras.

Em contrapartida, em 2019 a Medical Professional Liability Association²¹⁰ apresentou estudo que evidenciou que a maioria das reclamações decorrentes de erro médico não geraram condenações, sendo que 65% das ações encerradas entre 2016 e 2018 foram arquivadas, indeferidas ou retiradas, e 6% das ações julgadas, a grande maioria delas (89%) foi vencida pelo réu.

O temor relacionado a aplicabilidade das condenações desestimula a discussão de resultados ruins entre os profissionais e conseqüentemente impacta na divulgação de resultados para identificar erros e desenvolver técnicas para evitá-los.

²⁰⁹ Acesso em 19 maio 2023 <https://www.ama-assn.org/practice-management/sustainability/state-medical-liability-reform> American Medical Association – AMA - Medical Liability Reform Now! 2023. The Facts you need to know to address the broken medical liability system. The medical liability issue is a very personal matter for physicians. A 2023 AMA research paper found that 31% of all physicians had been sued at some point in their careers. Given the longer exposure to liability risk, this percentage increases with age. Almost half of physicians age 55 and older had been sued. Physicians in some specialties are particularly at high risk. According to the AMA paper, over 75% of general surgeons and obstetricians/gynecologists (ob-gyns) age 55 and older faced a claim at some point in their careers, and almost half had been sued even before they turned.

²¹⁰ To the contrary, 2019 data from the Medical Professional Liability Association (MPL, formerly PIAA), a trade association of medical liability insurers, has shown that most liability claims are without merit. Sixty-five percent of claims that closed between 2016 and 2018 had been dropped, dismissed or withdrawn, and out of six percent of claims that were decided by a trial verdict, the vast majority of them (89%) had been won by the defendant in the case (Medical Professional Liability Association. 2019. Data Sharing Project MPL Closed Claims 2016-2018 Snapshot).

Este é um ponto importante para reflexão.

Se tratarmos esse aspecto em analogia ao ramo da aviação é possível afirmar que a segurança e credibilidade da indústria da aviação decorre diretamente do aprendizado relacionado aos estudos de resultados ruins que viabilizaram a mudança de comportamento e criação de sistemas para mitigação do risco como forma de evitar com que novas tragédias ocorram.

Da mesma forma, e respeitadas as diferenças, é possível dizer que a discussão de resultados ruins que tenham gerado danos aos pacientes quando decorrentes de erro médico é importante para que práticas mais seguras possam ser desenvolvidas e experiências ruins possam ser evitadas.

O estudo faz um alerta no sentido de que os médicos estão sendo solicitados a esclarecer os fatos relacionados aos erros médicos mas recebem pouca ou nenhuma garantia de proteção legal. Como resultado, foi evidenciado que os eventos adversos são subnotificados nos sistemas de notificação de eventos adversos e, às vezes, há falta de comunicação com os pacientes sobre os erros cometidos.

Muitos médicos indicaram sentir que o aumento na publicidade sobre erros e o acesso mais fácil dos pacientes às informações relatadas provavelmente fará com que os litígios por erro médico aumentem.

Como forma de criar condições de segurança para que os problemas possam ser estudados com maior propriedade e volume de dados fidedignos às reclamações apresentadas é necessário a criação de sistemas de proteção relacionados a comunicação de eventos adversos e sua natureza em que os dados sejam anonimizados e a busca pela mitigação fortemente estudada.

Os casos judicializados avaliados pelo estudo indicaram que aproximadamente 70% das reclamações de erro médico são resolvidas em favor do médico, sugerindo que a grande maioria não resta comprovado o nexo de causalidade entre o ato profissional e o dano experimentado pelo paciente.

Vale ressaltar que para ter êxito em uma ação judicial por erro médico o autor (paciente) deve provar que houve uma relação profissional estabelecida com o médico, que o médico não cumpriu o padrão de

atendimento, que essa falha resultou em lesão ou dano ao paciente e que a lesão ou dano foi causado por tal falha.

Os autores do estudo fazem uma crítica no sentido de que a cultura de responsabilização médica deve mudar para uma cultura de segurança onde a causa raiz de um problema é descoberta, a ser discutida publicamente e um plano de ação posto em prática para reduzir a chance desse problema ou erro ocorrer novamente.

Uma pesquisa no Estados Unidos foi realizada para conhecer as opiniões de médicos praticantes e do público sobre erros médicos, perguntando-lhes sobre as causas e soluções para o problema dos erros médicos evitáveis e quais deveriam ser as consequências.

Como resultado foi observado que o público e muitos médicos aprovaram o uso de sanções contra profissionais de saúde considerados responsáveis por erros graves, contudo o apenamento com a suspensão da licença ao exercício da medicina só foi apoiada mais fortemente pelo público em comparação com os médicos.

Nos Estados Unidos, conceitos e técnicas de gerenciamento de riscos têm sido empregados em vários ambientes de assistência médica há décadas por meio de organizações como a American Society for Healthcare Risk Management e a Physician Insurance Association of America para prevenir as perdas que podem ser evitadas ou minimizadas.

Os benefícios indicados pelos pesquisadores para o gerenciamento de riscos na seguradora aplicados ao processo de subscrição de riscos ajuda a avaliar os fatores de risco que determinam se a cobertura pode ser concedida e sob quais condições: os subscritores avaliam os riscos, selecionam os riscos desejáveis para a empresa e eliminam os riscos indesejáveis e podem reduzir a probabilidade de uma reclamação, melhorar a defesa de quaisquer reclamações resultantes em benefício do segurado e da seguradora e melhorar o atendimento ao paciente em geral.

O estudo demonstrou que ao desenvolver diretrizes de subscrição conservadoras abordando critérios de seleção de pacientes, procedimentos de consentimento informado, cuidados pós-operatórios e publicidade,

algumas seguradoras avaliadas no estudo conseguiram evitar as perdas catastróficas que outras operadoras experimentaram devido a reivindicações de cirurgia refrativa. Como resultado, essas empresas puderam continuar oferecendo cobertura de cirurgia refrativa dentro de suas taxas cirúrgicas padrão ao passo que outras tiveram que descontinuar a comercialização destes riscos.

Outro ponto importante trazido como resultado do estudo foi que a identificação de problemas como deficiências de documentação, sobre questões regulatórias e até mesmo médicas, que contribuíram para resultados desfavoráveis, puderam ser compartilhados com os segurados para correção. Esta correção gerou resultado positivo para oferecimento de coberturas a um médico que, de outra forma, teria seu risco recusado ou não renovado.

A American Society for Healthcare Risk Management and the Physician Insurance Association of America analisou mais de 190.000 sinistros contra médicos desde 1985 e desenvolveu estudos importantes, incluindo Estudo de Infarto Agudo do Miocárdio, Estudo de Câncer de Mama, Estudo de Lesões Laparoscópicas, Estudo de Câncer de Pulmão e Estudo de Erro de Medicação²¹¹.

Um bom exemplo de colaboração entre médicos e seguros é o estudo neurológico feito pela American Society em cooperação com a American Academy of Neurology (AAN) e seu Subcomitê de Segurança do Paciente. A análise das reclamações mostrou que embora os neurologistas tenham o menor número de reivindicações de todos os especialistas, seus pagamentos de indenização foram os mais altos, em média, de todos os especialistas de 1985 a 1999. O relatório foi desenvolvido para fornecer uma compreensão de fontes de responsabilidade derivadas de reclamações de indenização pagas envolvendo neurologistas e recomendações para aumentar a segurança do paciente e gerenciar melhor os riscos em suas práticas.

²¹¹ Using data arising from lawsuits and claims, the physicians who lead the PIAA have helped develop the methodology for many important studies including Acute Myocardial Infarction Study, Breast Cancer Study, Laparoscopic Injury Study, Lung Cancer Study, and Medication Error Study.

A metodologia do estudo foi: (1) capturar dados diagnósticos e terapêuticos sobre a causa de pedir nos casos de responsabilidade paga; (2) analisar dados para identificar tendências ou padrões em cuidados neurológicos que contribuem para casos de responsabilidade paga; (3) determinar a demografia dos profissionais de saúde e dos pacientes envolvidos nesses casos; e (4) fornecer recomendações para aumentar a segurança do paciente e gerenciar melhor os riscos.

A American Academy of Neurology publicou em seu sítio²¹² as principais descobertas aprendidas com o estudo, a saber: (i) alegações de erro médico envolvendo neurologistas surgem mais frequentemente na primeira visita do neurologista ao paciente, privando assim o neurologista do efeito protetor de um bom relacionamento anterior (geralmente desfrutado por médicos primários); (ii) reclamações de erro médico surgiram do consultório do neurologista em 35% dos casos pagos; (iii) erros no diagnóstico e falha em monitorar ou prescrever medicamentos foram as principais fontes de erro médico²¹³.

Um estudo colaborativo semelhante entre médicos e uma seguradora foi realizado em relação a sinistros da Ophthalmic Mutual Insurance Co. para concluir que as chances de incorrer em uma reclamação ou ação judicial por erro médico aumentam consideravelmente para os médicos que têm volumes cirúrgicos mais altos e já tiveram contra si a apresentação de uma reclamação ou ação judicial anterior.

²¹² http://www.aan.com/profissionais/paciente/paciente_saf.cfm

²¹³ An analysis of claims by PIAA showed that while neurologists have among the fewest claims of all specialists, their indemnity payments were the highest on average of all specialists from 1985 to 1999. The report was developed to provide AAN members with an understanding of the sources of liability derived from paid indemnity claims involving neurologists and recommendations to enhance patient safety and better manage risk within their practices.

The study methodology was: (1) capture diagnostic and therapeutic data about the cause of action in the paid liability cases; (2) analyze data to identify trends or patterns in neurologic care contributing to paid liability cases; (3) determine the demographics of the healthcare providers and the patients involved in these cases; and (4) provide recommendations to enhance patient safety and better manage risk.

The AAN has posted on their website (http://www.aan.com/professionals/patient/patient_saf.cfm) the key findings learned from the study:

- Malpractice claims involving neurologists most frequently arise from the neurologist's first visit with the patient, thus depriving the neurologist of the protective effect (vs litigation) of a good prior relationship (often enjoyed by primary physicians).
- Malpractice claims arose out of the neurologist's office in 35% of the cases paid.
- Errors in diagnosis and failure to monitor or prescribe medications were primary sources of malpractice.

O estudo aponta para resultados positivos quando da intervenção precoce de gerenciamento de risco atrelada a prevenção e redução de perdas para o exercício da medicina. Muitas alegações de má prática são evitáveis se o médico conhecer os fatores que causam as reclamações. Infelizmente, um dos objetivos de identificar os fatores que dão origem a uma exposição à perda é frustrado pelo medo de litígio, que impede os médicos de discutir abertamente eventos indesejáveis ou resultados adversos com seus colegas.

Um estudo frequentemente citado da psiquiatra Sara Charles, sobre médicos que foram processados indica o nível extremamente alto de reações induzidas pelo estresse que surgem quando um evento adverso ou erro médico leva a um processo de erro médico. Esse estresse inclui sintomas como raiva, depressão, insônia, dificuldade de concentração e sentimentos negativos, como ser incompreendido, ser derrotado e ter baixa autoestima. Este fato é demonstrado pela estatística convincente de que 83% dos médicos não acreditam que podem confiar no atual sistema de justiça para obter um resultado razoável se forem processados.

Desta feita, depreende-se que o estudo de causa continuará a ser importante para os médicos como forma de mitigação, pois os dados atuariais do seguro mostram claramente o aumento dos custos de erro médico nos últimos 30 anos. Os números impressionam, em 2003, os custos de erro médico nos Estados Unidos foram de mais de US\$ 26,5 bilhões. A análise atuarial também indica que os custos de erro médico aumentaram a uma taxa anual de 11,8% desde 1975, contra 9,2% para todos os outros custos de responsabilidade civil.

Com o custo de ações judiciais e reclamações movidas contra prestadores de serviços de saúde crescendo tão rapidamente, é evidente que a maioria desses custos de erro médico tem sido cada vez mais suportado pelos médicos. A pesquisa indicou a disparidade entre os custos hospitalares de negligência médica e os custos médicos que dobraram desde 1975, quando os custos hospitalares eram 30% menores do que os relacionados a médicos (US\$ 378 milhões para hospitais versus US\$ 554 milhões para médicos). Em 2003, os custos hospitalares foram 60% menores do que os

custos de negligência médica dos médicos (US\$ 5,96 bilhões para hospitais versus US\$ 14,78 bilhões para médicos)²¹⁴.

Segundo artigo publicado pela American Medical Association em 2023²¹⁵ foi possível observar que o impacto para o alto preço do seguro de responsabilidade civil médica é motivo de grande preocupação aos profissionais da saúde que podem enfrentar prêmios para a contratação destes seguros de mais de \$ 200.000 por ano, como é o caso de alguns obstetras/ginecologistas nos estados americanos da Flórida e em Illinois.

De acordo com dados da National Association of Insurance Commissioners²¹⁶, as perdas indenizatórias totais (incorridas) em 2020 foram de US\$ 5,6 bilhões - um aumento de mais de US\$ 1 bilhão em relação a 2018, e os custos de defesa foram de US\$ 2,9 bilhões adicionais. Esses custos de sinistros têm um efeito direto sobre o custo dos cuidados médicos.

O Estudo da Força de Trabalho de Médicos da Sociedade Médica de Massachusetts de 2013 revelou que 36% dos médicos de Massachusetts alteraram ou limitaram seu escopo de prática por medo de serem processados. Em uma pesquisa nacional de médicos de 2008, mais de 60% concordaram com a declaração: “Eu ordeno alguns exames ou consultas simplesmente para evitar a aparência de negligência.” Uma pesquisa de médicos de 2011 ilustra por que o ambiente de responsabilidade afeta os

²¹⁴ In 2003, United States medical malpractice costs were over \$26.5 billion, or \$91 per person! This compares to \$5 per person in 1975 (not adjusted for inflation). The actuarial analysis also indicates that medical malpractice costs have increased at an annual rate of 11.8% since 1975, vs 9.2% for all other tort costs.

With the cost of lawsuits and claims filed against health care providers growing so rapidly, it is evident that the majority of these medical malpractice costs have increasingly been borne by physicians. The disparity between hospital medical malpractice costs and physician costs has doubled since 1975, when costs for hospitals were 30% less than those related to physicians (\$378 million for hospitals vs \$554 million for physicians). In 2003, hospitals costs were 60% less than physicians' medical malpractice costs (\$5.96 billion for hospitals vs \$14.78 billion for physicians.)

²¹⁵ Acesso em 19 maio 2023 <https://www.ama-assn.org/system/files/prp-mlm-premiums-2022.pdf>. Guardado J. Prevalence of Medical Liability Premium Increases Unseen Since 2000s Continues for Fourth Year in a Row. Chicago, IL: American Medical Association; 2023. Policy Research Perspectives No. 2023-2. The high price of medical liability insurance is another reason that physicians are so sensitive to this issue. Physicians in certain states and specialties can face liability premiums of over \$100,000, and even more than \$200,000 per year as is the case for some obstetrician/gynecologists in Florida and Illinois.

²¹⁶ According to data from the National Association of Insurance Commissioners, total (incurred) indemnity losses in 2020 were \$5.6 billion - an increase of over \$1 billion from 2018, and defense costs were an additional \$2.9 billion. These claim costs have a direct effect on the cost of medical care.

padrões de prática dos médicos - enquanto 83% dos médicos achavam que poderiam ser facilmente processados por não solicitar um exame indicado, apenas 21% achavam que poderiam ser processados por solicitar um exame não indicado.

De acordo com os resultados da Pesquisa sobre Responsabilidade Profissional do Congresso Americano de Obstetras e Ginecologistas²¹⁷ realizada em 2015, 49,7% dos obstetras/ginecologistas alteraram suas práticas médicas desde janeiro de 2012 devido ao risco/medo de litígios, e 39,8% tiveram fizeram alterações em suas práticas devido a questões de acessibilidade ou disponibilidade de seguro. Dentre essas alterações destacam-se: (i) 13,6% diminuíram o número de pacientes de alto risco obstétrico que aceitavam; (ii) 9,6% relataram executar mais cesáreas à partos naturais; (iii) 8,4% deixaram de fazer o parto natural após cesariana; (iv) 6,4% relataram uma diminuição geral no número total de partos realizados.

Concluem os pesquisadores Richard L. Abbot, Paul Weber e Betsy Kelley que todos os elementos apresentados fortalecem o entendimento de que o desenvolvimento no gerenciamento de riscos acerca da responsabilidade civil médica fortalecerá os aspectos para viabilizar a mitigação no aumento dos valores de indenização pagos em decorrência do erro médico e ao mesmo tempo criará melhores condições de segurança ao paciente na mitigação da ocorrência de novos erros.

²¹⁷ According to results from the American Congress of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) 2015 Survey on Professional Liability, 49.7% of obstetricians/ gynecologists had altered their practices since January 2012 due to the risk/fear of liability claims and litigation, and 39.8% had made changes to their practice due to insurance affordability or availability concerns. Of those reporting obstetric changes due to affordability or availability concerns: • 13.6% decreased the number of obstetric high-risk patients they accepted • 9.6% reported more cesarean births • 8.4% eliminated vaginal births after cesarean (VBACs) from their practice • 6.4% reported an overall decrease in the number of total deliveries. The 2013 Massachusetts Medical Society Physician Workforce Study revealed that 36% of Massachusetts physicians had altered or limited their scope of practice for fear of being sued.⁸ In a 2008 national survey of physicians, more than 60% agreed with the statement, “I order some tests or consultations simply to avoid the appearance of malpractice.”⁹ A 2011 survey of physicians illustrates why the liability environment affects physicians’ practice patterns— while 83% of physicians thought they could easily be sued for failing to order an indicated test, only 21% thought they could be sued for ordering a test that was not indicated (Sirovich B, Woloshin S, Schwartz LM. Too Little? Too Much? Primary Care Physicians’ Views on US Health Care. Arch Int Med. 2011;171(17):1582–1585).

12 CONCLUSÃO

Avaliar os riscos jurídicos na área médica e suas implicações no contrato de seguro evidenciou importante aumento decorrente dos questionamentos que envolvem a conduta médica e a necessidade para a correta instrumentalização relacionada as etapas de atendimento e a busca constante para a aplicação da melhor técnica e conduta do profissional da medicina.

Em que pese o aumento da judicialização para apuração do erro médico, foi possível observar que a implantação de estratégias relacionadas a maior segurança na execução dos procedimentos, conjugada com a abordagem dos esforços para melhorar a qualidade e eficiência no atendimento do paciente, foram determinantes para a comprovação de ausência de culpa na geração do dano experimentado.

Maior segurança surge também através da documentação produzida ao longo das fases de atendimento do paciente. Tendo o prontuário médico como instrumento norteador à avaliação da assistência médica prestada, temos que o correto e completo preenchimento serve de amparo técnico do médico na busca para a comprovação de legitimidade de sua conduta e da apuração de responsabilidade que envolva danos relacionados a eventual erro médico praticado.

A influência de documentos completos e bem estruturados servem de importante respaldo probatório tendo inclusive utilização direta em perícias médicas que terão como escopo definir grau de culpabilidade na conduta profissional, nexos de causalidade desta conduta para o dano experimentado como elemento norteador para determinação de causa do evento adverso e de sua relação ao ato praticado e avaliado como gerador para a imputação civil do dano.

Como resultado observa-se aos julgados avaliados maior incidência de improcedência de demandas àquelas em que foram indicados documentos estruturados (prontuário médico, prescrições, exames, laudos pré-operatórios, etc.) para a comprovação dos atos praticados e tiveram assistência técnica

cuja apresentação de quesitos auxiliaram ou foram determinantes para a validação de causa, nexo de causalidade e dano.

A análise dessa documentação permite aferir aspectos estratégicos para priorização de riscos, adoção de abordagem sistemática para especialização nos procedimentos, individualização da conduta médica e às diferenças relacionadas ao risco inerente da atividade de cada profissional e gera subsídios aos profissionais para a busca de proteções contratuais de seguro aderentes a cada realidade prática.

O contrato de seguro de responsabilidade civil profissional médica tem como fundamento a proteção financeira relacionada a ocorrência de evento incerto no exercício da atividade profissional em que terceiro venha a ser impactado com a ocorrência de danos causados pela prestação de serviços profissionais pelos quais este profissional seja responsabilizado civilmente.

Sua finalidade é respaldar futura reclamação decorrente de erro profissional em que reste caracterizada a responsabilidade civil do médico cuja responsabilização foi balizada em ato médico praticado com imprudência, negligência ou imperícia, sempre que relacionada ao nexo de causalidade, por ação ou omissão, entre a atividade do profissional e o dano experimentado pelo paciente.

Os estudos relacionados as características contratuais do seguro, suas abrangências e limitações, exclusões e enfrentamento jurisprudencial, dão nota quanto a validade do pagamento das indenizações securitárias sempre que foram observadas as condições contratuais à luz da realidade fática experimentada.

Contratações das coberturas condizentes às atividades médicas efetivamente realizadas, e com importância segurada equivalente aos riscos assumidos completam o resguardo necessário para o pagamento das indenizações.

Divergências surgem na medida em que ainda que caracterizada a responsabilidade civil do médico, esta tenha se dado sob condição adversa àquela indicada no contrato de seguro.

Nesse sentido, a busca pela indenização poderá ser parcial, quando da ausência para determinadas coberturas por exemplo, ou até mesmo total, especialmente nos casos em que haja comprovação de conduta própria a imputações de perda de direito ou exclusões de coberturas contratuais.

Sempre que apurada a responsabilidade civil do segurado, quer por sentença judicial transitada em julgado, ou em acordo autorizado de forma expressa pela seguradora, e coberto o sinistro de acordo com as condições contratuais, a seguradora efetuará o pagamento da indenização relacionada a reparação pecuniária a que o segurado for compelido a pagar.

Não ferir o direito da seguradora em participar das tratativas para liquidação da pretensão indenizatória e exercer seu direito de avaliação e validação para a quantificação dos prejuízos é conduta a ser observada pelo segurado como forma de garantir o direito ao pagamento da indenização nos termos das condições contratuais pactuadas, se coberto o evento.

A contratação de seguro de responsabilidade civil profissional para atividade médica é condição indispensável a todo profissional que almeja segurança para o exercício de sua atividade.

Hodiernamente, a prática da atividade médica é sujeita ao crescente número de questionamentos relacionados a conduta do profissional que, mesmo não tendo agido com culpa, poderá ter que enfrentar desgastante processo judicial na busca pela comprovação de que sua conduta não está relacionada ao evento reclamado.

Neste cenário de disputas o aumento significativo dos custos com ações judiciais e indenizações relevantes geraram no profissional médico incertezas e estresse demasiado.

Reações desta natureza fizeram com que muitos profissionais reavaliassem a forma e abrangência de atendimento que deveriam se submeter.

Nesse sentido, é possível dizer que os impactos das adversidades decorrentes da exposição à risco efetivo trouxeram aqueles profissionais já comprometidos com o gerenciamento de riscos de suas atividades melhores

condições de avaliar e mesurar os impactos para determinada área de atuação e procedimentos relacionados aos atendimentos.

Essas avaliações permitiram identificar pontos de atenção e mapear melhorias necessárias não só para mitigação de exposição como também ajustes de vulnerabilidades que ainda eram desconhecidas.

Na medida em que as vulnerabilidades são identificadas e os riscos dos procedimentos revisados e adequadamente ajustados cria-se uma leitura mais completa e abrangente que viabiliza a contratação de proteções de seguro mais eficientes e aderentes aos contornos característicos da própria atividade.

Essa proteção permite aos profissionais a mitigação dos riscos de exposição da atividade profissional e viabiliza o planejamento para a liquidação de eventuais indenizações que decorram do risco da própria atividade sem comprometer a continuidade do negócio.

13 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: José Luiz Gavião de Almeida. (Org.). *Temas Atuais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1955.

ALVIM, Arruda. ALVIM, Thereza. MELLO, Cecilia. RODRIGUES, Daniel Colnago. *Direito Médico. Aspectos Materiais, Éticos e Processuais*. São Paulo. RT, 2021.

BARBATO, Nicolas H. *Culpa grave y dolo en derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994.

BARBOSA Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco - Coordenadores. De Vasconcelos, Pedro Pais. *Responsabilidade Civil: Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico | Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2018.

BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances: Le Contract D'Assurance*. Paris: LGDJ, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo. Saraiva, 1991.

BRANDAO, Luciano Corrêia Bueno. *A Responsabilidade Civil do Médico pela Falha no Dever de Informação*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2022.

BUSSADA, Wilson. *Erro médico interpretado pelos tribunais*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 Ed. Atlas: São Paulo, 2012.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Almedina, Portugal: Coimbra, 2001.

DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. *As Excludentes de Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

DE STROBEL, Daniele. *L' Assicurazione di Responsabilità Civile*. Varese. Giuffrè Editore: Milano, 1974.

DELGADO, Rodrigo Mendes; DELGADO, Heloisa Beth Macedo. *A defesa do medico. Causas de exclusão de responsabilidade médica*. Leme: Cronus, 2021.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 3 Ed., 1954.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2002.

E SOUZA, Rodrigo Tadeu de Puy. *Documentos Médicos Comentados*. São Paulo: Lujur, 2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. Brito, Edvaldo (coordenador). Azevedo, Antonio Junqueira de; Marino, Francisco Paulo de Crescenzo (atualizadores). *Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos. Aspectos Generales*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Ed., 2005.

LEAL, Marcelo Barreto. *Análise econômica do contrato de seguro: um estudo de caso a partir da cobertura de risco do tipo suicídio no contrato de seguro de acidentes pessoais – excesso regulatório pontual*. São Paulo: Ed. Dialética, 2021.

LIMA, Alvino. *Da Culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo. v.10. n.19. p.142- 52. jan./jun. 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A Imposição Contratual de Condutas de Controle do Risco: A Experiência Europeia em Diálogo com o Ordenamento Brasileiro, Vigente e Prospectivo*. São Paulo: Roncarati, 2019.

MIRAGEM, Bruno. PETERSEN, Luiza. *Direito dos Seguros*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa Jurídica Consumidora*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MORSELLO, Marco Fábio. *O nexa causal e suas distintas teorias: apreciações críticas*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

MOURA VICENTE, Dário Moura. *A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito Comparado*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v 8. ano 3. p. 275-302. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume VII. Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 2018.

NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 11 Edição. São Paulo: RT, 2021.

PAGANI, Maristela; SOUS A, Antonio Roberto Andolfato; ROCHA, Carlos Rodolfo Dall'Aglio; JUNIOR, Octávio Ricci. *Perícia Médica Judicial: Teoria e Prática*. São Paulo: nVersos Ed., 2013.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. *Erros Médicos e Perícias Judiciais*. Leme: Ed. Cronus, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; DOMENECH, Javier Barceló; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REGO, Margarida Lima; LÓPEZ, Fernando Peña. *Regulação do Contrato de seguro em Portugal e em Espanha: análise comparada*. Santiago de Compostela: Ed. Fundación Inade, 2019.

RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 10 Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consentimento do Paciente no Direito Médico. Validade, Interpretação e Responsabilidade*. São Paulo: Foco, 2021.

VASQUES, José. *Contrato de Seguro: Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 1999.

Artigos

ABBOTT, Richard L.; WEBER, Paul; KELLEY, Betsy. *Medical Professional Liability Insurance and its Relation to Medical Error and Healthcare Risk Management for the Practicing Physician*. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16376659/> Acesso em 15 jul. 2022.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Ensaio sobre os seguros de responsabilidade civil*. Universidade Católica Portuguesa. *Católica Law Review*. Volume II \ Número 2 \ Maio 2018 – 41-72. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/2003> Acesso em 24 abr. 2023.

Sítios

Consulta pública de produtos SUSEP. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/mercadoproduto/REP2/Produto.aspx/Consultar>. Acesso em 17 fev. 2023.

Definição de “mutualismo”. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/conteudo-do-glossario/m-n/m/mutualismo> Acesso em 15 mar. 2023.

Livreto: “O Mutualismo como principio fundamental do Seguro”. Disponível em: <https://cnseg.org.br/data/files/7E/05/EF/E9/5DC4B61069CEB5A63A8AA8A8/Livreto%20Mutualismo.pdf> Acesso em 15 mar. 2023.

Medical Liability Reform Now! 2023. The Facts you need to know to address the broken medical liability system. American Medical Association – AMA. Disponível em: <https://www.ama-assn.org/practice-management/sustainability/state-medical-liability-reform>. Acesso em 19 maio 2023.

PARECER CFM nº 2/16 – Disponível em: <https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/06/20.01.2016-Parecer-CFM-2-2016->

[Prescri%C3%A7%C3%A3o-de-Medicamentos-Off-Label-e-Resolui%C3%A7%C3%A3o-CFM-1.982-2012.pdf](#) . Acesso em 05 jun. 2023.

REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil*. 16.08.2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.eom.br/artigos/boafe.htm> Acesso em 16 fev. 2023.

Recomendação n. 01 de 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf Acesso em 22 mar. 2023.

Seguro de Responsabilidade Civil. Disponível em:

<https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/seguros/seguro-responsabilidade-civil> Acesso em 16 mar. 2023.

Seguros de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapa.exe?router=upload/25074> . Acesso em 12 fev. 2023.

Segunda Seção aprova três novas súmulas. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-05-18_09-42_Segunda-Secao-aprova-tres-novas-sumulas.aspx. Acesso em 12 fev. 2023.

Uso Off label: erro ou necessidade? Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/zLdN6Dfgf5B6wQvR9XNmGR/?lang=pt> . Acesso em 05 jun. 2023.

Leis, Normas

Argentina – Ley 17418 de 30 de agosto de 1967. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-17418-39520/texto> Acesso em 21 abr. 2023.

CNSP – Resolução nº 432 de 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapa.exe?router=upload/26963> Acesso em 21 abr. 2023.

Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 12 fev. 2023.

Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 12 fev. 2023.

Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> Acesso em 10 mar. 2023.

Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 15 mar. 2023.

Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm Acesso em 15 abr. 2023.

Espanha – Lei 50/1980. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-22501-consolidado.pdf> Acesso em 21 abr. 2023.

Lei nº 4594 de 29 de dezembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm Acesso em 15 abr. 2023.

Lei n. 12.842 de 10 de julho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm . Acesso em 18 maio 2023.

SUSEP - Circular nº 637 de 27 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686> Acesso em 15 abr. 2023.

SUSEP - Circular n. 642 de 20 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/25330> Acesso em 15 abr. 2023.

Portugal - Decreto-Lei nº 72 de 2008. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2657&tabela=leis&so_m_iolo Acesso em 21 abr. 2023.

Portugal. Portaria nº 136-B de 2014 do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://direitodamedicina.sanchoeassociados.com/arquivo/portaria-n-o-136-b2014-ministerio-da-saude-primeira-alteracao-a-portaria-n-o-2872012-de-20-de-setembro-que-estabelece-os-requisitos-minimos-relativos-a-organizacao-e-funcioname/> . Acesso em 11 mar. 2023.

Decisões Judiciais

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2156946&num_registro=201802689219&data=20220408&formato=PDF
Acesso em 07 Fev. 2023.

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201479922&dt_publicacao=24/04/2023. Acesso em 07 jun. 2023.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/12082021-Presidente-do-STJ-diz-que-Judiciario-nao-pode-deixar-de-considerar-vulnerabilidade-do-medico.aspx#:~:text=Durante%20o%20%C2%BA%20Congresso%20Virtual,no%20atual%20cen%C3%A1rio%20de%20pandemia>. Acesso em 29 maio 2023.

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700304844&dt_publicacao=20/04/2012 Acesso em 27 maio 2023.

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700304844&dt_publicacao=20/04/2012 Acesso em 27 maio 2023.

<http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100002218047010012023140628> Acesso em 27 maio 2023.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1016795-54.2016&foroNumeroUnificado=0309&dePesquisaNuUnificado=1016795-54.2016.8.26.0309&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO> Acesso em 27 maio 2023.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0064NIN0000&conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1000567-60.2014&foroNumeroUnificado=0604&dePesquisaNuUnificado=1000567-60.2014.8.26.0604&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO> Acesso em 27 maio 2023.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=020026VKF0000> Acesso em 27 maio 2023.

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em 27 maio 2023.