

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

HUGO AUGUSTO BRANDÃO DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS:
aspecto subjetivo da avaliação do erro médico

São Luís
2015

HUGO AUGUSTO BRANDÃO DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS:
aspecto subjetivo da avaliação do erro médico

Monografia de Graduação apresentada como requisito final para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof^a. Eliana Lima Melo Rodrigues

São Luís
2015

Santos, Hugo Augusto Brandão dos

Responsabilidade civil do médico e dos hospitais: aspecto subjetivo da avaliação do erro médico / Hugo Augusto Brandão dos Santos. — São Luis, 2015.

54 f.

Orientadora: Prof^a. Eliana Lima Melo Rodrigues

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Responsabilidade civil 2. Médico 3. Hospitais I. Título.

CDU 347.51

HUGO AUGUSTO BRANDÃO DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS:
aspecto subjetivo da avaliação do erro médico

Monografia de Graduação apresentada
como requisito final para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito, pela
Universidade Federal do Maranhão.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof^a. Esp^a. Eliana Lima Melo
Rodrigues

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Eliana Lima Melo Rodrigues (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

APROVADO EM __/__/____

CONCEITO: _____

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram a pedra fundamental da minha formação profissional, eivada pela confiança no mérito e ética aqui presentes.

À minha orientadora, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A minha vó Conceição de Maria Machado Soares Brandão, e a meu amigo Benker de Campos Pestana.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Há sempre duas escolhas na vida: aceitar as condições em que vivemos, ou assumir a responsabilidade de mudá-las.”

Denis Waitley

RESUMO

A monografia a seguir apresentada traz como tema a responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais, e como subtema, a análise subjetiva do erro médico. Encontra-se dividida da seguinte forma. Inicialmente, fala-se em conceito, histórico e espécies de responsabilidade civil, com foco no erro médico. Em um segundo momento, comenta-se sobre as obrigações de meio e de resultado, e a natureza da prestação médica nas referidas obrigações. Aborda-se a responsabilidade civil médica, conceituando-a e discorrendo sobre a análise das provas nos casos de erro médico. Elucida-se sobre a responsabilidade dos hospitais e de outras espécies de responsabilidade objetiva, como a da anestesiologia e a da equipe médica. Por fim, analisa-se a tendência dos juízes ao avaliarem o erro médico, utilizando-se do princípio da equidade inserida no Novo Código Civil, e conclui-se com críticas à banalização do erro médico no Brasil e na falta de humanização na prestação dos serviços médicos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Hospitais. Subjetiva. Erro.

ABSTRACT

The presented below monograph brings up the theme of civil responsibility of doctors and hospitals, and as sub-theme, the subjective analysis of medical error. It is divided as follows. Initially, there is talk in concept, history and species of civil responsibility, focusing on medical error. In a second step, it is said about obligations of middle and result, and the nature of the medical services in such obligations. Approaches to civil responsibility of doctors, conceptualizing it and discussing the analysis of evidence in cases of medical error. It elucidates on the responsibility of hospitals and other species of objective civil responsibility, as of anesthesiology and medical staff. Finally, it analyzes the tendency of judges when evaluating the medical error, using the principle of fairness embedded in the New Civil Code, and it concludes with criticism of the medical error's trivialization in Brazil and the lack of humanization in the provision of medical services.

Keywords: Civil Responsibility. Medical. Hospitals. Subjective. Error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO ..	12
1.1 Conceito de responsabilidade civil	12
1.2 Histórico da responsabilidade civil médica	13
1.3 Espécies de responsabilidade civil por erro médico	16
1.3.1 Da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa	18
1.3.2 Da responsabilidade objetiva ou teoria do risco	21
2 TIPOS DE OBRIGAÇÃO NA ATIVIDADE MÉDICA	24
2.1 Obrigação de meio	24
2.2 Obrigação de resultado	26
2.3 Natureza da prestação médica nas obrigações de meio e de resultado	27
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS E O ASPECTO SUBJETIVO DA AVALIAÇÃO DO ERRO MÉDICO	31
3.1 Responsabilidade civil médica	31
3.1.1 Da prova no erro médico	33
3.2 Responsabilidade dos hospitais	38
3.2.1 Algumas espécies de responsabilidade objetiva	42
3.2.1.1 Da anestesiologia	42
3.2.1.2 Da equipe médica	43
3.3 Dos fundamentos e critérios utilizados na análise subjetiva do erro médico	44
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A monografia desenvolvida visa analisar a responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais à luz da legislação, doutrina e jurisprudência brasileira, do aspecto subjetivo da avaliação do erro médico além de discorrer acerca do comportamento do próprio paciente quando da avaliação do dano por este sofrido.

Para tanto, o estudo em apreço cingir-se-á a discutir as espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil e a analisar as questões controversas, com fulcro nos princípios do Novo Código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor, entre outros fundamentos e critérios para avaliar o erro médico.

O tema supramencionado suscita a seguinte problematização: *quem são os responsáveis pela má prestação dos serviços médicos? Como identificar o grau de responsabilidade e qual espécie atribuir a cada um dos envolvidos? É justo aplicar indenizações exorbitantes para reparar o dano sofrido pelo paciente?*

Com o fito em responder a tais indagações, faz-se mister analisar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Assim, o presente trabalho prestar-se-á a analisar o tema em apreço de maneira a trazer à tona as precípuas questões atinentes ao mesmo, bem como trazendo à baila o esboço histórico sobre o instituto e as teorias que o permeiam, evidenciando, por conseguinte, a complexidade e a suma importância dos debates na atual configuração do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O tema abordado é de grande relevância, haja vista que tem crescido de forma assustadora o número de demandas jurídicas ajuizadas por pacientes contra médicos, clínicas e hospitais, principalmente depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), onde o médico passou a ser considerado como “prestador de serviços” e o paciente como “consumidor”, para quem o médico presta um serviço, mantendo-se o sistema tradicional de apuração da responsabilidade baseada na culpa do médico.

A acalorada divergência deflagrada a respeito da extensão do dano moral, no cenário jurídico brasileiro, tem suscitado uma série de controvérsias entre os estudiosos, notadamente os juristas, pois, além de seu aspecto polêmico, a discussão toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito de valores fundamentais da saúde e dignidade da pessoa humana, além de que numa análise

superficial é muito difícil delimitar a responsabilidade pelos riscos envolvidos em procedimentos e tratamentos de saúde, tanto para o médico quanto para o hospital.

O homem moderno mostra-se dia a dia menos tolerante com danos de qualquer natureza e a ampla reparabilidade do dano moral estimula a busca de indenização na Justiça. Em consequência disso, a classe médica passou a ficar exposta e vulnerável a grande número de ações fundadas na responsabilidade civil por erro médico, bastando qualquer insucesso para serem vistos como negligentes, imprudentes ou imperitos, às vezes até injustamente. Por essa razão, ao elaborar a presente monografia optou-se pelo tema da responsabilidade civil do médico e dos hospitais, tendo como foco o aspecto subjetivo da avaliação do erro médico.

Nesse contexto, o presente estudo busca ampliar o campo de debates em torno de tema tão emblemático, vislumbrando os fundamentos jurídicos que legitimam a aplicação das indenizações, com ênfase na responsabilidade de cada concorrente para o erro médico.

Quanto aos objetivos específicos a serem alcançados pelo plano de pesquisa, estes estão descritos a seguir: a) expor as espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, relacionando-as ao erro médico; b) discorrer sobre os tipos de obrigações que envolvem a prestação do serviço médico; e c) analisar a responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais e o aspecto subjetivo da avaliação do erro médico.

No primeiro capítulo serão expostos conceitos de alguns doutrinadores sobre a responsabilidade civil, demonstrando o que consideram a respeito; sua evolução histórica, partindo de um visão universal da responsabilidade civil, visto que sua evolução insere-se dentro do desenvolvimento do país como sociedade, bem como serão abordadas as espécies de responsabilidade civil vigentes, quais sejam, subjetiva ou teoria da culpa e objetiva ou teoria do risco, pois ambas são imprescindíveis para o entendimento da responsabilização civil.

Em seguida, no segundo capítulo, serão analisadas as modalidades de obrigações como: a obrigação de meio, em que o contratado se obriga a utilizar todos os meios adequados para alcançar o resultado, na qual, via de regra, a atividade médica está inserida; e a obrigação de resultado, onde o contratado tem o compromisso de alcançar um determinado fim, como nos casos de cirurgia estética. Por conseguinte, expondo a posição de alguns autores, fala-se da natureza da prestação médica nas referidas obrigações, esclarecendo que, em caso de obrigação

de meio, o ônus da prova do erro médico é do paciente e, no caso da obrigação de resultado, esse mesmo ônus se transfere ao médico. A importância aqui reside na produção da prova.

Posteriormente, será abordado no terceiro capítulo da monografia o tema da responsabilidade civil do médico, colocando que a fundamentação da responsabilidade subjetiva é baseada na ideia de culpa. Por ora, utilizaremos a posição adotada pelos tribunais acerca da responsabilidade civil do médico, quando nasce o dever de reparar e o momento oportuno de se aplicar a inversão do ônus da prova em favor do paciente.

Em contraposição, será falado sobre a responsabilidade civil dos hospitais, fundada na abstração da ideia de culpa, tecendo ainda comentários a respeito de outras espécies de responsabilidade objetiva, especialmente a da função de anestesiologia e a da equipe médica que acompanha os procedimentos do estabelecimento e do profissional.

Ato contínuo será elucidado o subtema da avaliação subjetiva do erro médico, tendo como foco a utilização do princípio da equidade (arts. 944 e 945 do Novo Código Civil) pelos julgadores, que atribui ao juiz a capacidade de arbitrar a indenização mais justa ao caso concreto, analisando a gravidade da culpa do agente causador do dano e a concorrência da vítima quando do arbitramento do *quantum debeat* da obrigação de reparar o dano. A finalidade é expor como os tribunais costumam lidar com a questão do enriquecimento ilícito do paciente e do caráter compensatório da indenização, levando-se em conta o controle rigoroso que o Judiciário exerce muitas vezes tendente a condenar o profissional da saúde ao pagamento de valores exorbitantes.

Por fim, a partir do problema apresentado ao longo da monografia, conclui-se com algumas críticas em relação a: como os médicos estão sendo julgados depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor; e a banalização do erro médico e sua influência na relação médico/paciente, trazendo à tona cuidados e precauções que devem ser tomados para evitar uma possível ação indenizatória, ou seja, que tipo de conduta se espera do profissional médico, dos hospitais e dos pacientes para melhorar a prestação dos serviços médicos no Brasil, uma vez que a sociedade hoje exige não o dever hipocrático de curar, mas a cura.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

1.1 Conceito de responsabilidade civil

A palavra “responsabilidade” é oriunda do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo, além de conter a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (DINIZ, 1996, p. 29).

Responsável, portanto, seria aquele que responde ou deve responder por seus atos ou pelos atos de outrem; e responsabilidade, seria a qualidade daquele que é responsável, ou melhor, que tem em vista a consequência das suas ações, na maioria das vezes agindo diante de um dever.

Tendo em vista a importância da responsabilidade no direito brasileiro, faz-se necessário trazer alguns conceitos de nossos ilustres doutrinadores, formulados a respeito da responsabilidade civil.

Segundo Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Sousa (1999, p. 13), “a responsabilidade civil é o fenômeno jurídico que tem seu nascimento sempre que houver violação de um dever jurídico preexistente, e dessa violação resultar um certo dano a outrem”.

Na opinião de Maria Helena Diniz (1996, p. 588):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal.

Abordando o tema em questão, pode-se acrescentar a perspectiva de Serpa Lopes (1961, pp. 188-189), de que responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.

Ou, ainda, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 9) pode-se considerar que:

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.

Por sua vez Fernando Noronha (2010, p. 451) expõe sobre o assunto:

Responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*.

Deduz-se, portanto, que responsabilidade civil encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de uma ação ou de um evento danoso, ainda que não lhe tenha dado causa diretamente.

1.2 Histórico da responsabilidade civil médica

No Brasil, a primeira fase do direito positivo no que tange à responsabilidade civil seguia a orientação da Lei da Boa Razão, proveniente do direito romano. Nos casos omissos o direito romano serviria de subsídio, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão (SOUZA, 2003, p. 22).

Ou seja, naquela época deveria ser aplicado o direito romano nos casos em que as Ordenações do Reino, que regiam o direito na época, se viam diante de uma aparente lacuna jurídica.

A seguir, quando do surgimento do Código Criminal de 1830, houve o início da segunda fase, com o instituto da satisfação, que hoje consiste no ressarcimento em nosso ordenamento jurídico. (PEREIRA, 1999, p. 6).

A terceira fase foi consolidada por Teixeira de Freitas, que não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Segundo ele, o ressarcimento do prejuízo passava a ser abordado como competência da legislação civil.

Nessa mesma época estabeleceu-se que a responsabilidade civil seria baseada na culpa do agente causador do prejuízo, ensinamento este cristalizado no art. 159 do antigo Código Civil Brasileiro de 1916.

Por influência do Código Civil Francês, fora adotada a teoria da culpa como elemento determinante para o ressarcimento do dano nos casos de responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. A partir daí é que se desenvolveu o conceito de

responsabilidade civil indireta, onde a presunção da culpa foi introduzida nos danos causados a outrem por coisas inanimadas.

O primeiro documento legal a regulamentar o problema do erro médico foi o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que impunha ao médico a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, sob pena de severas sanções que iam até a amputação da mão do médico imperito. Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano se fosse mal curado um escravo ou um animal (KFOURI NETO, 2003, p. 46).

Desde os tempos remotos, portanto, previam-se sanções para os casos de culpa, relativa ao insucesso profissional dos médicos.

Já no que toca à responsabilidade civil, predominava *a priori* o empirismo. O médico não era considerado um especialista, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobre as pessoas. Contudo, não acontecendo a cura, a culpa recaía sobre o “feiticeiro”, acompanhada da acusação de imperícia ou de incapacidade.

Inexistia, portanto, em um sentido jurídico moderno, conceito de culpa (negligência, imprudência e imperícia), pois vigorava a responsabilidade sem culpa, onde falecendo o paciente, ou surgindo alguma espécie de dano logo após a operação cirúrgica, imputava-se ao médico a respectiva punição sem se refletir sobre a existência de culpa.

Os médicos exibiam nobre posição social no Egito, confundindo-se muitas vezes com sacerdotes, onde somente lhes eram cobrados a estrita observância das regras procedimentais. Nesse sentido, caso o paciente viesse a morrer não lhes poderiam ser aplicadas qualquer espécie de responsabilidade. Não obstante, se as normas contidas no Livro Sagrado não fossem seguidas à risca, qualquer que fosse o desfecho da doença, os médicos eram castigados com a morte.

Foi somente com os gregos que a medicina tomou contornos racionais e científicos para explicar as doenças e formas técnicas de cuidado, deixando de lado a concepção mágica que a rodeava, conforme preleciona Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 4), tendo sido Hipócrates o responsável por revolucionar a forma de encarar a atividade médica entre os séculos VI e II a.C.

No século V a.C., eram usadas regras (*Corpus Hippocraticum*) para a atividade médica, com base nas leis egípcias. Desde então, firmou-se o princípio de

que a culpa do médico não se presume apenas pelo fato de ele não ter obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta que o profissional seguiu (SOUZA, 2003, p. 23).

Por influência da filosofia, uma verdadeira ciência médica embasada em elementos racionais foi construída pelos gregos. Desse modo, a medicina deixou de ser baseada somente na experiência, seguindo, pois, a uma avaliação racional do erro e da culpa profissional.

No direito romano, com a *Lex Aquilia* (no século III a.C.), aproximadamente tem início a generalização da responsabilidade civil delitual ou extracontratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 11), onde o ato ilícito implicava na obrigação de indenizar a parte lesada e a condenação a uma pena pecuniária proporcional ao dano causado. Uma série de delitos relacionados à prática do profissional médico e as penas que deveriam ser aplicadas estavam estabelecidas na lei da época.

Com a *Lex Aquilia* de Dammo, um conceito de culpa foi formulado, bem como foram fixadas algumas espécies de delitos que os médicos não poderiam cometer. Estabeleceu-se como consequência à violação da Lei a obrigação de reparar o dano, limitando-se nesse caso à reparação do prejuízo econômico.

Na era moderna, começo do século XIX, a responsabilidade jurídica quase desapareceu com a decisão da Academia de Medicina de Paris que proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais médicos, uma vez que, para que houvesse imputação de responsabilidade ao médico, seria necessário se provar falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia; e o ônus da prova caberia sempre ao paciente.

Depois de 1832, com a verdadeira revolução deflagrada pela jurisprudência francesa, concebeu-se a teoria da responsabilidade plena quando provada a culpa do médico, pela simples razão de não se poder privilegiar uma classe profissional em detrimento de outras na consideração da responsabilidade pelos atos cometidos durante o desempenho de suas funções.

Em face da doutrina de Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 7), pode-se afirmar que:

Na época moderna, foi no direito francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se substanciaram com o decorrer

do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil.

No caso da responsabilidade civil médica, nota-se que os avanços técnicos e científicos levaram à exigência de constante atualização, humanização e preparo ao lidar com a integridade física, psíquica e patrimonial do paciente quando do exercício da medicina, tanto no que diz respeito aos aspectos contratuais quanto da análise da culpa e do risco, que melhor serão analisados nos tópicos a seguir.

Tal fenômeno é descrito por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 12) como um fenômeno dialético, praticamente autopoietico em que:

Dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Atualmente, é plena a reparabilidade do dano médico entre os povos civilizados, não sendo diferente no ordenamento jurídico brasileiro, onde a responsabilidade do médico é baseada na culpa *lato sensu* (o que inclui a culpa em sentido estrito – negligência, imprudência e imperícia – além do dolo), ficando conhecida como teoria subjetiva da responsabilidade civil, uma vez que, como bem adverte Miguel Kfoury Neto (2003, p. 36):

Dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica corresponderia a obrigar o médico a dar a saúde ao doente, a prolongar a vida, ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem, para transformá-lo num Deus.

Considere-se, por fim, que a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana não pode ser impunemente confrontada, posto que, ainda diante das péssimas condições de trabalho e desumano atendimento prestado por alguns centros médicos, deve-se ter em vista o bem maior da saúde e o da vida do paciente.

1.3 Espécies de responsabilidade civil por erro médico

No presente tópico será tratada a questão das espécies de responsabilidade civil em sentido estrito, ou seja, “a obrigação de reparar danos

resultantes da violação do dever geral de *neminem laedere*” (NORONHA, 2013, p. 507), e sua respectiva relação com o erro médico.

Para tanto se utilizará uma classificação sistemática, levando em conta a questão da culpa e da natureza da norma jurídica violada.

A responsabilidade civil, quando por ocasião da prestação jurisdicional, possui duas teorias que regulam os mecanismos de responsabilização para avaliar a possibilidade de ressarcimento de dano causado a outrem. São, a saber, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Quanto à natureza da norma jurídica violada, é possível observar mais duas subdivisões, quais sejam, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, embora a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2002, pp. 26-27) questione se, de fato, as soluções jurídicas não seriam idênticas para os dois aspectos.

Por sua vez, a responsabilidade civil médica é comentada por Venosa (2003, p. 97) com a conclusão de que existe ou pode existir responsabilidade de natureza contratual; mas existe também uma obrigação genérica de não causar dano culposamente, pertencendo ao campo subjetivo, o que não exclui a presença do risco profissional da atividade médica enquanto requisito para gerar a obrigação de indenizar.

Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 209) aduzem que o diploma consumerista reafirma que “a responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, nos quais se encontram os mencionados agentes da atividade médica”, ao mesmo tempo em que consagra a responsabilidade civil objetiva fazendo expressamente a ressalva, “o que infere o caráter proposital dessa situação excepcional”.

Para maior elucidação da conclusão da doutrina, eis o dispositivo comentado, *in verbis*:

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

1.3.1 Da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa

A responsabilidade subjetiva é aquela que depende do comportamento do sujeito, tendo por base a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente. Em outras palavras, não basta apenas o dano e o nexo causal para que nasça a obrigação de indenizar, é imprescindível a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo (ação ou omissão voluntária) ou culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Orientando-se na mesma direção, Oscar Ivan Prux (1998, p. 180) defende que “a importância da culpa vem desde tempos remotos, sendo amparada na noção de que ninguém deve ser punido se não demonstrado que quis o dano (caso de dolo) ou que, por sua ação ou omissão, deu ensejo a ele”.

A responsabilidade subjetiva se fundamenta na culpa que, uma vez provada, ou em certos casos presumida, enseja uma indenização. Nesse sentido, considera Caio Mário da Silva Pereira (1999, pp. 29-30) que:

A responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, do comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Para que exista a obrigação de indenizar o dano causado a outrem por culpa em sentido amplo, ou seja, a responsabilidade civil subjetiva, deve existir certos pressupostos (ato ilícito, dano e o nexo de causa entre estes).

Além disso, para constituir ato ilícito e gerar direito à reparação, a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente deve implicar na infração de um dever legal, contratual ou social, incluindo atos praticados com abuso de direito. Isto é, a conduta do agente contraria o espírito da Lei e não a letra desta.

Todavia, não devemos esquecer que é possível haver determinação legal no sentido de impor a obrigação de indenizar e o dano causado a outrem, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito. É o que ocorre quando o dever de reparar se transfere para aquele que procede conforme a lei, hipótese em que os elementos configuradores da culpa se desligam da indenização do dano, deslocando para o risco a responsabilidade originalmente fundada na ideia de culpa.

Sendo assim, a responsabilidade resultante de ato ilícito se baseia na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa se funda no risco. Por isso, apesar de existirem alguns casos de responsabilidade sem culpa, vigora no nosso ordenamento a regra geral da culpa, como fundamento da responsabilidade civil.

Destarte, de modo geral, resulta da culpa o dever de ressarcir pela prática de atos ilícitos, ou seja, da condenação ou censura da conduta do agente. E o comportamento do agente será rejeitado ou censurado quando, diante de circunstâncias concretas do caso, ficar entendido que ele poderia ou deveria ter agido de forma diferente, de maneira a evitar o resultado.

Porquanto, como ato ilícito qualifica-se pela culpa, em não havendo esta inexistente responsabilidade subjetiva, exceto por disposição legal expressa, caso em que vislumbraremos a responsabilidade objetiva.

Estabelece o Art. 186 do Código Civil Brasileiro que o ato ilícito é causa da obrigação de indenizar os prejuízos causados à vítima.

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. (BRASIL, 2002).

Sendo assim, é de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo dano que causou, reparando-o.

Para efeitos de responsabilidade civil, quando caracterizado o ato ilícito, só resta averiguar a imputabilidade do agente se, em face da situação, ele poderia ter procedido de outra forma.

Constitui-se, ainda, o prejuízo na comoção sofrida pela vítima, o qual pode provocar-lhe um dano de ordem econômica, consistindo na perda patrimonial, ou pode causar-lhe repercussão unicamente de ordem psíquica, consolidando-se, então, no dano moral.

Sem a existência de um prejuízo que tanto pode ser material ou simplesmente moral, não se pode imaginar obrigação de indenizar, pois a admissão de tal ideia ensejaria um enriquecimento sem causa a quem recebesse a indenização, pois não haveria repercussão na órbita financeira do supostamente prejudicado.

Indispensável se faz, para surgir a obrigação de indenizar, que o dano tolerado pela vítima advenha da ação ou omissão dolosa ou culposa do ofensor, ou seja, deve existir uma perfeita relação de causa e efeito entre ambos (ação ou omissão

e dano). Então, sem o nexa causal na responsabilidade civil fundada na culpa, inexistiria a obrigação de ressarcir.

Designa-se “nexa causal” o liame entre a ação ou omissão e o prejuízo, de modo que a lesão deverá ser oriunda da ação ou omissão, diretamente com resultado previsível. Logo, esse nexa representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação ou omissão que o produziu, a chamada relação de causa e efeito.

No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, somente em casos especiais não é o lesado que deve provar o dolo ou a culpa do agente: hipótese em que sobre o agente incide uma presunção legal relativa (*juris tantum*) de culpa do agente, e, por conta disso, deve ele provar que tomou todos os cuidados exigíveis, embora sem ter a necessidade de provar que o fato se deu por caso fortuito ou força maior (NORONHA, 2013, p. 508).

Regra geral, conforme disposição do Art. 333 do Código de Processo Civil, é dever do autor (lesado) comprovar “o fato constitutivo do seu direito”, e do réu (lesante) “o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, salvo nos casos de presunção legal ou natural (op. cit., pp. 501-502).

O que muda nos casos de responsabilidade civil dos profissionais liberais, à luz do Art. 14º, § 4º, do CDC, é que nas ações indenizatórias exigir-se-á de seu proponente (lesado), “além da demonstração do dano e do nexa causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência e imperícia” (MELO, 2014, p. 13).

Naturalmente, esse benefício de que gozam os profissionais liberais não se estende às pessoas jurídicas a que estejam vinculados ou prestem serviços, uma vez que, quase sempre, inverte-se o ônus da prova em favor do consumidor. Ou seja, nos casos em que há evidente disparidade técnica entre as partes para produzir provas, cabe ao réu comprovar a existência de causas excludentes da obrigação de indenizar, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior, dentre outras.

Ressalta-se que a culpa *lato sensu* é elemento essencial para a responsabilidade subjetiva, pois implica na transgressão de um dever jurídico, imputável a alguém em decorrência de um fato intencional ou de omissão de zelo ou cautela. Ela se subdivide em dois aspectos: a) o dolo, que é a intenção de violar um dever jurídico; e b) a culpa em sentido estrito, sem qualquer deliberação de violar um dever, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

O dolo é direto quando o agente deseja deliberadamente alcançar o resultado, e eventual ou indireto quando a vontade do agente não é dirigida à obtenção do resultado ou quando ele quer algo diverso, porém assumindo o risco de causar a terceiro um prejuízo com seu comportamento.

Apresenta-se sobre três modalidades a culpa *stricto sensu*: a) negligência, a qual consiste no descumprimento de normas que nos ordenam a agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; b) imprudência, que é a precipitação ou o ato de proceder sem cuidado; e c) imperícia, que é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar ato pelo qual se exige habilitação.

O elemento diferencial e característico da responsabilidade subjetiva é a presença da culpa no agir do agente lesivo. Desse modo, além dos elementos básicos da responsabilidade civil (ação, evento danoso e nexos de causalidade), tem que estar presente na conduta do agente causador do dano a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia).

1.3.2 Da responsabilidade objetiva ou teoria do risco

A responsabilidade objetiva é também chamada de teoria do risco, cujos elementos subjetivos (culpa ou dolo) prescindem de apreciação, porque o risco de dano lhe é inerente (DI PIETRO, 2013, p. 707). Assim, sem cogitação da ideia de culpa, deve o ente responsável sofrer o risco de sua atuação.

Em essência, essa teoria está vinculada à ideia de que, mesmo aquele agente que não provoca diretamente uma lesão ao bem jurídico alheio, é responsável pelo ressarcimento do dano, ou seja, o sujeito, ainda que promova todas as diligências para evitar o dano, é responsável pelos riscos ou perigos que sua atuação promove. É a “denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito obtém vantagens e benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona” (VENOSA, 2003, p. 13).

O Código de Defesa do Consumidor é, sem sombra de dúvidas, o que há de mais recente no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao subtópico em questão, uma vez que a interpretação dos contratos sofreu verdadeira revolução no direito brasileiro.

Acrescenta Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 11) que:

O Código de Defesa do consumidor adotou a responsabilidade objetiva como fundamento para reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumo (arts. 12 a 14) e o fez embasado na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor.

Aduz, ainda, que a “adoção da teoria do risco funda-se, portanto, na premissa de que as perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade comercial do agente causador do dano” (op. cit., p. 12).

Defende ainda Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 15), em sua doutrina, que a legislação consumerista não fará desaparecer a responsabilidade civil subjetiva (com culpa), mas que a responsabilidade civil objetiva (sem culpa) somente poderá ser aplicada quando existir lei expressa autorizando-a. Assim, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro.

No que se refere à culpa do agente, não é que ocorra a inversão do ônus da prova, já que, em regra, o ônus da prova recai sobre a vítima, de acordo com a teoria da responsabilidade subjetiva. Na verdade, se for o caso de responsabilização objetiva, será justamente o agente que promove a atividade com risco de causar o dano quem deverá suscitar a exclusão dos requisitos da responsabilidade civil, posto que a culpa já possui presunção absoluta.

Nas palavras de Guilherme Couto de Castro (2000, p. 36):

A presunção de culpa é escala intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Quando se está diante de verdadeira e simples presunção, o fenômeno ocorrente é o da inversão do ônus de prova, restando ao interessado demonstrar que obrou em conduta escorreita, de modo a afastar qualquer imputação.

É o bastante para afirmar que, se a presunção não admite prova em contrário, ou seja, se sua natureza é *juris et de iure*, a regra é de responsabilidade objetiva, porém quando a natureza é *juris tantum*, se houver prova contrária, a regra é de responsabilidade subjetiva e afasta-se a presunção de culpa.

Trata-se, em suma, de presunção absoluta da culpa para o caso da responsabilidade civil objetiva, posto que não admite prova em contrário, como ocorre no caso de presunção relativa, onde ainda é possível revertê-la pelo agente causador do dano.

Ademais, ainda que essa modalidade prescindia da configuração da culpa, o nexo de imputação existe, só que diferente da do dano: é a imputação do risco criado. Quem exerce atividades suscetíveis de causar danos a terceiros (e aqui acrescentamos a atividade médica), terá, como contrapartida dos benefícios (notadamente financeiros) que auferir, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem (NORONHA, 2013, p. 509).

De qualquer forma, todas as teorias decorrem do mesmo pensamento: qualquer que seja a qualificação do risco, quando a prova da culpa é um fardo muito pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.

Por sua vez, como a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, cabe à vítima apenas a prova do dano (resultado) e da relação de causalidade entre a atividade do agente e a ofensa sofrida.

Com efeito, “na responsabilidade objetiva o fundamento da indenização decorreria da existência de um evento lesivo ligado ao agente por um nexo de causalidade”, esclarece Antônio Lindbergh Montenegro (1996, p. 28).

Portanto, a responsabilidade objetiva se caracteriza por ser independente da presença de culpa, mas não prescinde da presença dos demais elementos da responsabilidade civil, devendo ser comprovados o nexo causal adequado entre a atividade do agente e a lesão sofrida pela vítima.

Sendo a responsabilidade objetiva sem culpa, desnecessário se faz acerca do comportamento doloso ou culposo do agente, cabendo-lhe demonstrar a ausência do nexo de causalidade ou do dano para se eximir do dever de indenizar.

No primeiro caso, deve o agente demonstrar que a atividade por ele desenvolvida padece de qualquer risco que possa vinculá-la ao sinistro. E no segundo, cabe ao agente o ônus de provar a ausência de qualquer dano que ensejasse o ajuizamento da ação de indenização por parte da suposta vítima.

Por outro lado, segundo Fernando Noronha (2013, p. 513), “estamos entrando num segundo momento, no qual se verifica hipóteses especiais em que prescinde também de nexo de causalidade”, o que de fato se aplica a casos excepcionalíssimos, não sendo o caso da responsabilidade civil por erro médico.

Em suma, o agente que supostamente produziu o risco de dano com sua atividade deverá promover diligência nos autos do processo para evitar a obrigação de indenizar.

2 TIPOS DE OBRIGAÇÃO NA ATIVIDADE MÉDICA

Faz-se necessário, primeiramente, diferenciar o que seja obrigação de meio e obrigação de resultado, para que se individualize com perfeição a responsabilidade do profissional liberal, especificamente no que tange à responsabilidade civil do médico e dos hospitais.

2.1 Obrigação de meio

Há obrigação de meio quando o devedor pura e simplesmente emprega determinado meio sem olhar o resultado, mas sempre com a preocupação em ser diligente e prudente na prestação de seu serviço (DINIZ, 1995, p. 157). É o caso do médico que, para obtenção da cura do doente, está obrigado a usar seus melhores esforços e todos os meios indispensáveis, sem jamais assegurar o resultado, conforme bem descreve Cahali (1989, p. 59):

Obrigação de meio é aquela na qual o que se exige do devedor pura e simplesmente é o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência normal dessa profissão para melhor resultado, mesmo que não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios possíveis para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.

Na referida obrigação o médico não se obriga a curar, mas a atuar em conformidade com as regras e os métodos da profissão, usando de todos os esforços para alcançar a cura, mesmo não conseguindo.

Oportuno lembrar que na lição de Fabrício Zamprogna Matiello (2014, pp. 41-42):

A existência de obrigação de meios é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional da saúde, pois, se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubada até mesmo a teoria da contratualidade nas relações médico/paciente, haja vista o fato de que muitas doenças são ainda incuráveis e todo esforço contra elas despendido nada mais será do que tentativa de minimizar o sofrimento e melhorar a qualidade durante o tempo de vida que resta. O compromisso de curar definitivamente um canceroso em etapa terminal ou um aidético nas mesmas condições é carga insustentável face ao atual estado de evolução da ciência. Aceitar o encargo de curar, em casos dessa envergadura, equivaleria a estabelecer no

contrato obrigação juridicamente impossível, o que não prosperaria como norma a ser seguida pelas partes.

Na obrigação de meio o contratado obriga-se a prestar um serviço com diligência, atenção, conexão e cuidado, sem visar um resultado. Isto porque nessa relação obrigacional o devedor está obrigado apenas a fazer o que estiver a seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor. Portanto, estará liberado da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrupulo, independentemente da consecução efetiva do resultado.

Conclui-se que há obrigação de meio (também denominada de obrigação de diligência) quando não existe o compromisso de alcançar o resultado, ou seja, a própria prestação exige do devedor apenas que este empregue determinados meios sem se prender ao resultado, que em regra é aplicável à responsabilidade médica, conforme se verifica no aresto colacionado a seguir:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL MEDIANTE A COLOCAÇÃO DE PRÓTESE PENIANA - COMPLICAÇÕES NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO QUE CONDUZIRAM AO QUADRO DE GRAVE INFECÇÃO (SÍNDROME DE FOURNIER) E A NOVA CIRURGIA (QUINZE DIAS APÓS À PRIMEIRA) PARA REMOÇÃO DO TECIDO NECROSADO - TRIBUNAL A QUO QUE COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS DECLAROU NÃO CONFIGURADA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. Hipótese: Demanda indenizatória proposta sob a alegação de ter o autor sido vítima de erro médico decorrente de cirurgia de implantação de prótese peniana. Ação julgada improcedente pelas instâncias ordinárias, sob o fundamento que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, pois a cirurgia objeto da contratação (tratamento de disfunção erétil mediante a colocação de prótese peniana) foi de natureza corretiva, inexistindo prova do erro profissional nas complicações do pós-operatório que conduziram ao quadro de grave infecção. 1. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, de forma uníssona, com amparo no acervo fático e probatório reunido nos autos, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito do autor, qual seja a ocorrência de erro médico. Reconheceu-se, na verdade, que o procedimento cirúrgico transcorreu dentro da normalidade, sendo certo que o paciente, por razões que não podem ser atribuídas ao médico, deixou de comparecer à consulta pós-operatória, procedendo, inadvertidamente, à retirada da sonda urinária. É certo, ainda, que, quando de seu tardio retorno, o recorrente apresentou quadro generalizado de infecção interna, com necrose do tecido da glândula, fato que ensejou a amputação de seu órgão genital. Incidência do óbice da súmula 7/STJ. 3. Insurgência no tocante à não atribuição de força probatória absoluta ao laudo pericial. Pelo princípio do livre convencimento motivado, o julgador não está adstrito a nenhum laudo pericial, podendo, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que fundamentadamente, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1046632 RJ 2008/0075768-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 24/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2013)

Nesses casos, exige-se que a vítima faça prova do erro da conduta do médico, do dano efetivamente sofrido e do nexo de causalidade entre um e outro, salvo quando se trata de cirurgia de natureza exclusivamente estética. Ausente qualquer desses elementos, inexistente a obrigação de indenizar.

A obrigação assumida é na realização de uma atividade com atenção, zelo e de maneira técnica, sendo que o inadimplemento da obrigação ocorrerá nos casos em que a atividade devida for mal desempenhada, ou seja, quando esta não teve o grau de diligência dela exigível.

2.2 Obrigação de resultado

Por outro lado, ao contrário da obrigação anterior, a obrigação de resultado, é aquela em que o credor tem o direito de exigir o resultado, por isso a denominação. Sem a apresentação deste, haverá o descumprimento da obrigação contratual.

A obrigação está condicionada a um fim e somente será considerada cumprida quando apresentar o resultado anteriormente combinado entre as partes, ou seja, a finalidade nesta obrigação é o resultado, como bem assevera Savatier (1969, pp. 189-190):

Nos contratos cuja obrigação é de resultado, antes mesmo que o resultado prometido seja atingido, ele está garantido. As obrigações de resultado são as obrigações de garantia. Os credores de resultado têm, desse modo, muito mais segurança, pois o devedor só se desincumbe da obrigação se provar um caso de força maior que impossibilite a execução da promessa.

Na obrigação de resultado o devedor deve alcançar o objetivo certo a que se propôs, pois não o alcançando, há presunção de culpa.

Ademais, a distinção entre obrigação de meio e de resultado se funda não somente no que toca ao próprio conteúdo do contrato, mas também no que diz respeito à questão do ônus probatório, que é o caso típico das cirurgias plásticas. Cabe ao paciente demonstrar nas obrigações de meio, além do dano, também a culpa do médico, pois nestas obrigações o ônus da prova cabe a quem o acusa.

Já na obrigação de resultado, não sendo obtido o fim esperado, há uma inversão da carga probatória, onde se presume a culpa do médico, que deverá demonstrar a existência de causa diversa para o dano, ou seja, que não agiu com negligência ou imprudência no desempenho de sua atividade, o que favorece a vítima, devendo esta simplesmente provar que o resultado esperado não ocorreu.

Ainda no tocante à questão das provas, Maria Leonor de Souza Kühn (2002, pp. 44-45) aduz que o

devedor não poderá se justificar juridicamente, só se provar ter sido impedido de executar por um evento insuperável (força maior), e o prejuízo causado ao credor será igual ao valor do resultado prometido e não realizado. A indenização devida pelo obrigado é de antemão certa.

Segundo Rui Kleber Costa Gomes (2004, p. 55), a proposta do profissional não permite piorar o corpo de seu paciente. Sua atividade deixa de ser uma atividade-meio e passa a ser uma atividade-fim.

Não há margem para outro entendimento, portanto, de que o cirurgião plástico assume o compromisso de obter o resultado esperado pelo paciente, que é a melhora do seu corpo, sequer cogitando-se a possibilidade de lhe restarem danos estéticos.

2.3 Natureza da prestação médica nas obrigações de meio e de resultado

O profissional da medicina, quando decide atender um paciente, sempre o faz voluntariamente, devendo a prestação de seus serviços consistir em uma obrigação de meio ou de resultado, as quais estabelecem a natureza da prestação de seus serviços médicos.

O exercício da medicina gera uma obrigação de meio, não de resultado. Cabe ao médico exercer a medicina dentro dos mais elevados preceitos éticos e técnicos, sendo diligente e cuidadoso no tratamento do paciente, informando o diagnóstico e esclarecendo de forma técnica, sem falsas promessas, os resultados que podem ser alcançados, salientando, ainda, as principais complicações inerentes ao tratamento e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar.

Em suma, significa que o médico deve trabalhar dentro dos princípios dos artigos 29 e 57 Código de Ética Médica:

Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Associa-se o trabalho do profissional a uma boa relação médico-paciente, levando-se também em consideração que a obrigação do médico é de meio, já que este profissional não pode garantir a cura de um paciente ao recebê-lo para tratamento. Vale o ensinamento de Maria Helena Diniz (1995, p. 157), ao enunciar que:

Quem procura um médico quer o restabelecimento de sua saúde, mas esse resultado não é o objetivo do contrato, pois o paciente tem o direito de exigir que o médico o trate diligente e conscienciosamente (CC, art. 951), de acordo com os progressos da medicina (RT, 309:475, 283:641). Todavia, não poderá exigir que o médico, infalivelmente, o cure. Assim, se o tratamento médico não trazer cura ao paciente, esse fato não o isentará de pagar serviço médico cirúrgico que lhe foi prestado.

No contrato com o médico, o paciente tem o direito de exigir que este o trate de forma consciente e diligente, não devendo, portanto, exigir que o médico, infalivelmente, o cure.

Considerando o acima exposto, se mostra oportuno o seguinte exemplo: um médico ou um cirurgião faz com o doente um contrato onde só garante a qualidade dos seus cuidados, e não o resultado favorável. Se o seu paciente não se curar, ou mesmo que venha a morrer, não suprime seu crédito de honorários e não envolve nenhuma responsabilidade para o médico ou o cirurgião, se não for provado que seus cuidados foram falhos e que este revés foi devido a esta falta (SAVATIER, pp. 190-191).

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes em afirmar que a natureza da prestação médica configura na maioria dos casos obrigação de meio, caracterizada pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem cogitar o resultado final.

Por outro lado, em algumas hipóteses como, por exemplo, cirurgia plástica estética propriamente dita, há unanimidade em afirmar que a obrigação assumida é de resultado, conforme se observa em alguns dos mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 1395254 SC 2013/0132242-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013)

Tal assertiva é corroborada pelo entendimento de Sílvia Rodrigues (1995, pp. 246-249), um dos mais renomados autores sobre a matéria. A obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado. No caso de cirurgia terapêutica o paciente se encontra doente em busca de cura, já no caso de cirurgia plástica estética a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado, pois o paciente está sadio e pretende remediar uma situação desagradável, remodelando nariz, seios, perna, etc. Assim, este aguarda do cirurgião o resultado esperado.

Entretanto, José Breda (2011, p. 46) faz uma crítica ao raciocínio do autor supracitado:

Concluir, todavia, que desse *esperar, querer ou desejar* surja obrigação de resultado é sofismar absurdamente, levando com jogo de palavras e argumentação vazia seus inúmeros leitores ao erro, no embalo de aceitarem seja o que for, pela incontestável autoridade de Sílvia Rodrigues... *em outros setores que não sejam atinentes à conduta médica.*

Para ele, a expectativa dos pacientes em um excelente resultado é evidente e jamais poderiam imaginar que a cura, melhora, piora ou morte fossem irrelevantes para analisar a conduta do médico.

Não se deve esquecer, contudo, que no exercício de sua profissão o médico assume responsabilidade de meio, nunca de resultado, onde deverá imprimir

esforços para obter a cura, mesmo que esta não seja possível, estando seu procedimento dentro dos padrões e métodos aceitos da profissão.

Nas obrigações de resultado ocorre o contrário, como é o caso da cirurgia plástica estética, onde o médico obriga-se a atingir determinado objetivo, pois nesta o que importa é o resultado de sua atividade, sem o que não terá cumprido sua obrigação, sendo passível de reparação dos danos estéticos e morais a que eventualmente der causa.

Também compartilha do mesmo entendimento Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 151) ao dizer que: “A obrigação do médico, que é chamado a atender a um cliente, não constitui (salvo na cirurgia estética...) uma obrigação de resultado, porém uma obrigação de meio”.

Considerando o acima exposto, conclui-se que, a generalidade dos contratos de prestação de serviços entre médico e paciente é de obrigação de meio.

Por outro lado, em situações nas quais o contrato médico está relacionado ao atingimento de um resultado específico, como ocorre nos casos de cirurgia plástica embelezadora, considera-se que a obrigação é de resultado.

Nesse diapasão, presume-se que quando a culpa esteja no ato médico, admite-se a inversão do ônus da prova em favor do paciente e contra o médico, mas haverá casos em que se avaliará o grau de culpa em que o paciente concorre para o erro, implicando que o paciente deve provar a culpa do médico, embora seja difícil para o paciente demonstrá-la na maioria dos casos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS E O ASPECTO SUBJETIVO DA AVALIAÇÃO DO ERRO MÉDICO

3.1 Responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil médica nasce do erro manifesto, que por sua vez surge da comprovação da culpa do profissional médico. Pressupõe-se, portanto, que este tem o dever de empregar todos os meios, na medida do possível, para obter a cura do paciente.

A propósito, é oportuno reproduzir o que Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França (1999, p. 25) aditam: “Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

Não foge do gênero da responsabilidade civil a espécie da responsabilidade civil médica, podendo ser conceituada da seguinte forma: A responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. De bom alvitre lembrar que, ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil, está se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral. (COUTO FILHO e SOUSA, 1999, p. 24).

Destaca-se, ainda, a lição de França (1982, p. 147), segundo a qual “a responsabilidade médica é contratual, sendo que a natureza desse contrato é de locação de serviços, ainda que o atendimento seja gratuito”. Desse modo, o erro médico caracteriza-se, via de regra, pela quebra de um contrato de serviço.

Por sua vez, os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil médica são os mesmos da responsabilidade civil, a saber: ação ou omissão do médico; culpa do médico; dano experimentado pela vítima e nexo de causalidade; ou seja, para caracterizá-la, há necessidade da formação da tríade “ato, dano e nexo causal”.

Assim, para que o médico seja responsabilizado por algo, é crucial que o paciente tenha sofrido dano, decorrente da atuação do médico em determinado momento. Sem prejuízo, não há que se falar em responsabilização do médico.

O ponto fundamental da responsabilidade dos médicos é a relação entre o dano e a culpa para que o paciente tenha direito à indenização. Entretanto, é essencial

saber se o prejuízo foi causado no descumprimento de uma obrigação de meio, ou de resultado, visto que, neste último caso, ocorrerá a inversão do ônus da prova e a vítima ficará em posição mais favorável, pois o médico é que terá de fazer prova contrária, para eximir-se da obrigatoriedade de reparar.

A responsabilidade civil do médico é regida pelas regras que, em nosso ordenamento jurídico, caracterizam a responsabilidade civil em geral. Portanto, está sujeita ao regramento da responsabilidade civil pela teoria da responsabilidade subjetiva.

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em estabelecer que o exercício da medicina é regido pela responsabilidade civil subjetiva. Tal responsabilidade é adotada pelo Código Civil Brasileiro (artigos 186 e 951) e pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 12, § 4º), criado pela Lei nº 8.078/90.

Cabe ao autor (paciente) o encargo de provar que a culpa é do médico para alcançar a reparação do dano pretendida, pois esse tipo de responsabilidade é inspirada na culpa (imprudência, negligência e imperícia).

A culpa, ao contrário do dolo (vontade clara e concreta de produzir o resultado), é a não observância de um dever que, de outro modo, impediria o acontecimento de um dano. Em outras palavras, é sempre uma conduta que o agente empregou em demasia ou deixou de empregar.

A negligência é descuido, desleixo, desídia. Pela negligência, a culpa equivale a uma conduta passiva (omissiva), geralmente ocorre quando o médico deixa de observar medidas e precauções necessárias. São exemplos desse tipo de culpa: o esquecimento de compressas, pinças ou tampão de gaze no abdômen do paciente; curetagens malfeitas; abandono do cliente no pós-operatório etc.; o que acaba provocando graves danos.

A imprudência ocorre por meio de atitude ativa (comissiva), quando o médico age sem usar de nenhuma cautela, de forma precipitada, não justificada. Esta modalidade de culpa é justamente a falta de cuidados dos profissionais, sendo que a desatenção pode ser fatal, como por exemplo: o cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo aplica a anestesia no paciente, ocasionando eventualmente a morte por parada cardíaca; a realização de uma cirurgia que normalmente seria em 30 (trinta) minutos em 1 (uma) hora, provocando danos ao paciente; cirurgião que abandona técnica operatória segura e habitual para realizar

técnica nova e arriscada, sem a devida comprovação da eficiência, podendo provocar lesão ou morte do paciente.

A imperícia é verificada quando o causador do dano revela em sua atitude profissional que, apesar de habilitado, atua como se não possuísse noções primárias de técnica para consultar, diagnosticar e operar, ou seja, existe falta de conhecimento técnico no exercício da profissão. São exemplos: o diagnóstico sem aguardar a evolução do quadro clínico e sem proceder a exames laboratoriais que o caso requer; médico que engessa uma pessoa acidentada, com fratura exposta etc.

Todavia, a negligência, a imprudência e a imperícia nunca serão presumidas, visto que, caberá sempre ao paciente ou a quem pretende judicialmente provar a culpa do médico, em qualquer de suas modalidades, o ônus de provar os fatos que a ensejaram, e todos estes elementos derivados da culpa deverão guardar uma conexão lógica entre causa e efeito.

3.1.1 Da prova no erro médico

Em face da natureza especial da obrigação contraída pelo prestador de serviços, focalizando especificamente o contrato de prestação de serviços médicos, a situação probatória se modifica.

A relação entre médico e paciente, via de regra, é contratual, ou seja, há um contrato entre eles e este contrato tem como objeto uma obrigação de meio (agir com diligência e prudência). Trata-se também de uma relação de consumo e em tudo se aplica o que está disposto no Código de defesa do Consumidor, com exceção do art. 14, *caput*, em que há responsabilidade sem necessidade de provar os elementos da culpa.

O mesmo artigo, em seu § 4º, estatui que para o médico (profissional liberal) a responsabilidade será verificada mediante a presença da culpa no seu agir. Mas, para que o médico seja responsabilizado por algum prejuízo causado em caso de erro, tem que ficar provado que é culpado pelo que aconteceu. Se o médico for devedor de uma obrigação de meio, advindo à vítima algum dano decorrente da intervenção do facultativo, deve aquela provar que o profissional agiu de maneira imprudente, negligente ou imperita, ou seja, cabe ao paciente o ônus de provar a inexecução da obrigação por parte do médico.

Ao ofendido não basta demonstrar a lesão que lhe adveio do tratamento médico, conforme preceitua o art. 1545 do CC. A responsabilidade de indenizar funda-se não apenas no tratamento frustrado dispensado ao paciente, mas na culpa *in concreto*, que no Novo Código Civil compreende: a negligência, imprudência e imperícia (arts. 186 e 951).

Pela natureza do contrato que firma com o cliente, a culpa do médico somente será configurada quando os seus serviços prestados estiverem fora dos padrões técnicos. Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica cometido pelo prestador de serviços. Não há como presumi-lo, pois esse desvio é uma situação anormal dentro da relação contratual.

O serviço técnico do médico, com adequação e zelo, de fato, vem a ser a própria prestação de um dever previsto no contrato. Quando o paciente se diz vítima de erro médico está apontando, na verdade, o inadimplemento da prestação devida pelo profissional que contratou.

Provar a culpa do médico não é demonstrar apenas o elemento psicológico ou subjetivo da responsabilidade civil, é provar mesmo o inadimplemento da prestação devida pelo médico. E em qualquer ação de indenização por responsabilidade contratual sempre cabe ao autor o ônus de provar o inadimplemento da obrigação do réu.

Nos contratos de resultado, ocorrendo inadimplemento contratual, onde o fim preestabelecido não foi obtido, o que se dispensa é a prova da culpa, nunca a do inadimplemento e a do dano, haja vista a presunção relativa de culpa existente em tais casos, cabendo ao médico comprovar que o ocorrido se deu em virtude de alguma causa excludente de ilicitude.

A conduta irregular do médico é a um só tempo o inadimplemento e a culpa, razão pela qual o autor não se desobriga do ônus processual da prova senão comprovando a conduta culposa do médico. Jamais se admitirá como não cumprido o contrato de serviços médicos sem a configuração desse tipo de conduta, salvo, é claro, nas hipóteses excepcionais de contratos médicos de resultado, quando terá o paciente que provar apenas o dano e o nexos causal, devendo o médico, para se isentar de ressarcir o dano, demonstrar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade.

Quando se trata da ação indenizatória fundada em erro médico, os tribunais consideram, em princípio, risco de falha, de insucesso e até de lesões como normais dentro da prestação de serviços médicos, não desobrigando o paciente do ônus da prova. Nesse caso, nenhum tipo de presunção é admitido, ao contrário, cabe ao autor, o ônus de comprovar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada *in concreto*, e o resultado danoso reclamado pelo autor da ação indenizatória.

Não basta a situação injurídica para haver obrigação de indenizar. Ainda que provado um ato ilícito do médico, sem danos efetivos não haverá lugar para se falar em responsabilidade civil, sob pena de decair de sua pretensão, o autor da ação indenizatória tem o ônus de provar qual foi efetivamente o dano que o erro médico culposo lhe acarretou.

Na espécie, os danos indenizáveis podem ser físicos (prejuízo corporal); materiais (perdas patrimoniais: lucros cessantes, gastos médicos hospitalares, medicamentos viagens, aparelhamentos ortopédicos, pensão aos dependentes do paciente morto etc.) e morais (lesão estética, a dor sofrida, distúrbios das funções sexuais etc.).

Refere-se ao nexo causal o último encargo probatório que toca ao autor da ação indenizatória. É a condição de relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato culposo do médico, ou seja, aquele que reclama a reparação do dano deve provar que, sem o erro cometido culposamente pelo médico, o paciente não teria sofrido a lesão.

Deve reunir-se um terceiro e último requisito, a existência de um vínculo de causa e efeito entre a culpa e o dano; é necessário que o dano sofrido seja a consequência de culpa cometida. (MAZEAUD et MAZEAUD, 1977 apud DIAS, 1983, pp. 179-180).

Deve haver, portanto, um nexo de causalidade entre a culpa e o dano, visto que não é suficiente, para que seja exigível a responsabilidade civil, que o demandante haja sofrido um prejuízo sem que o demandado tenha agido com culpa.

Ademais, não resta dúvida que, em não havendo comprovação do nexo causal, não há que se falar em ação de indenização, porque improcedente será o pleito.

É importante ressaltar que as provas incompletas ou duvidosas prejudicam a parte que tem legalmente o ônus da prova. Prova lacunosa ou insuficiente é o mesmo que ausência de prova.

Por sua vez, o nexo causal pode ser desconstituído pela prova de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima (não observância das prescrições do médico; sua saída prematura do hospital; a não participação ao médico de incidentes ocorridos após a cirurgia ou ao tratamento que agravou seu estado).

Contudo, se com o caso fortuito ou com a culpa do ofendido também concorreu a culpa do médico, este não se isentará do dever de indenizar. A reparação será apenas reduzida em seu quantitativo, ou seja, será proporcional entre os participantes à vista do grau de suas culpas, pois se trata de culpa concorrente, onde o fato danoso é imputável concomitantemente ao agir culposo tanto do autor da ação como da vítima. (CARVALHO FILHO, 2003, pp. 72-73).

Um juízo rigoroso e preciso nem sempre é possível sobre a falha técnica e seu nexo com a lesão ou o dano. Por isso, os juízes às vezes adotam princípios antigos e universalmente aceitos como o da previsibilidade e o da razoabilidade. Segue o julgador sua experiência de vida e a observação do que comumente acontece, podendo chegar a juízos de valor sobre a conduta do profissional quando uma conclusão puramente técnica sobre a cauda da lesão se mostre muito difícil.

Porém, o ideal é sempre o magistrado exigir a prova pericial, para obter esclarecimentos que normalmente não se comportam na esfera de seus conhecimentos e que se sujeitam a regras técnicas, específicas e complexas. Como bem define Dropa (2004):

A perícia médica é a forma pela qual se busca comprovar a configuração de um dano ou lesão numa suposta vítima de erro médico. Busca não somente comprovar a alteração na anatomia corpórea ou funcional da vítima, mas também a toda anomalia que se configura por ocasião do dano.

O juiz deve basear-se, sobretudo, nos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas, podendo levar em consideração os depoimentos destas quando não haja questão técnica a elucidar. Caso contrário, será impossível admiti-la, dada a ignorância das testemunhas com relação aos assuntos médicos.

Já em relação às opiniões científicas dos peritos, o juiz deve ser prudente, visto que, por espírito de classe (corporativismo) alguns destes, às vezes empenhados em atenuar ou suprimir a responsabilidade do médico ou do cirurgião, se sobrepõem à verdade sendo favoráveis ao colega em falta. (DIAS, 1973, p. 284).

A perícia não é uma *super* prova que não permita questionamento algum e que se coloque acima das demais. Todavia, o laudo pericial vale, não pela autoridade técnica de quem o subscreve, mas pela força de convencimento dos dados que o perito conseguiu levantar, a partir da ciência dominada por ele.

Com outros elementos probatórios disponíveis ou submetidos a exame crítico e racional do juiz, de acordo com o art. 436 do CPC, esses mesmos dados podem ser cotejados para chegar a conclusões diversas daquela que o *expert* apontou, tendo sempre como norte o princípio do devido processo legal.

O juiz não possui os conhecimentos técnicos do perito, mas dispõe de discernimento e experiência para rever os termos do silogismo em que se apoiou o laudo, que pode apresentar, como qualquer outro meio de prova, defeitos e inexatidões, razão pela qual o juiz pode criticar e desprezar sua conclusão de acordo com o princípio da livre convicção.

Impõe-se a exteriorização das razões de decidir, revelando o prisma pelo qual o Poder Judiciário avaliou a prova e interpretou a lei e os fatos da causa. Isso, no entanto, deve ser aplicado de forma excepcional e não como regra.

Embora seja notório que no direito processual brasileiro a prova caiba ao paciente ou à vítima, vale dizer, o ônus da prova incumbe sempre a quem alega, quem possui melhores condições de fornecer as provas necessárias à instrução processual é o médico, já que possui fácil acesso ao prontuário, aos exames do paciente, e detém razoável conhecimento técnico.

A inversão do ônus da prova visa, segundo Zuliani (2003, p. 58): “a contornar as dificuldades da vítima com o dever de provar a culpa do médico, uma tarefa, na maior parte das vezes, difícil ou impossível de ser cumprida”.

Por esses motivos, como prevê o Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode inverter o ônus da prova, transferindo ao médico a incumbência de provar que agiu sem culpa e ao paciente apenas caberá o dever de provar que o dano resulta da conduta médica.

3.2 Responsabilidade dos hospitais

Todo estabelecimento hospitalar enquadra-se como fornecedor de serviços e segue as normas do Código de Defesa do Consumidor, sejam seus pacientes internos ou não. Sua responsabilidade é, como já mencionado em capítulos anteriores, objetiva, ao contrário da responsabilidade dos médicos, que é subjetiva.

A responsabilidade objetiva evoluiu pela insatisfação da sociedade com a teoria subjetiva ou da culpa, visto que ela mostrou-se insuficiente para cobrir todos os casos de erro médico, pois nem sempre o lesado conseguia comprovar o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, fazendo com que inúmeras situações de prejuízos evidentes ficassem sem reparação. “Com isso, a jurisprudência, atendendo a necessidades prementes da vida social, ampliou o conceito de culpa”, conforme aponta Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 17).

As noções de risco e garantia ganham força para substituir a culpa, onde o lesado não é onerado a provar nada mais que o evento danoso e o nexo de causalidade. Assim, ganha espaço a responsabilidade objetiva.

Como regra geral, na responsabilidade objetiva ou sem culpa, leva-se em consideração o dano em detrimento do dolo ou da culpa, isto é, para o ônus de indenizar não há que se falar em prova da culpa, basta que haja o dano e o nexo de causalidade, sem os quais não se pode falar em responsabilidade civil. Por exemplo: se alguém alegou ter contraído infecção hospitalar e ficar provado que os sintomas existentes são, na verdade, de doença hereditária, é óbvio que o hospital não poderá ser responsabilizado, pois não há relação de causalidade entre o fato alegado e o serviço prestado pelo ente hospitalar.

Na presunção de culpa – *juris tantum* – se presentes o dano e o nexo causal, presume-se que o hospital tenha culpa. Por outro lado, haverá a inversão do ônus da prova para favorecer o paciente na responsabilidade objetiva quando presentes a hipossuficiência técnica, para comprovar o resultado e o nexo, a verossimilhança de suas alegações além do *periculum in mora*.

Já que tratamos no tópico anterior da responsabilidade subjetiva do médico, incide a teoria da responsabilidade objetiva no que se refere à proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas ou qualquer entidade especializada em prestar serviços médicos e hospitalares.

Sendo o hospital um prestador de serviços (acomodações, controle de infecção hospitalar, enfermagem, nutrição, recepção, transporte de doentes etc), suas ações serão avaliadas, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC, uma vez que incide a teoria da responsabilidade objetiva.

Todavia, levando-se em conta o que diz o § 4º do art. 14 do CDC, em se tratando de serviço prestado por empregado ou atuando como médico credenciado, membro do corpo clínico, ou médico do hospital, a culpa terá que ser comprovada.

Vale dizer, analisando um caso de suposto erro médico causado por atuação de um médico, há que se determinar se o profissional da medicina agiu com culpa ou não. Se ficar comprovado erro no atendimento ao paciente, causado supostamente por defeito em um dos serviços prestados pelo hospital, o que direcionará a responsabilidade do estabelecimento hospitalar é a responsabilidade objetiva, onde este somente se isentará de indenizar se conseguir provar que ocorreu uma das excludentes de responsabilidade, quais sejam: caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Deve ser comprovada a culpa do médico para se condenar o hospital em caso de atividade médica. Sendo o hospital condenado, cabe-lhe o direito de regresso contra o médico causador do dano ao paciente, pois a condenação do hospital se dará somente pela comprovação da culpa no agir do médico, conforme art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em se tratando de atividades específicas ou serviços complementares do estabelecimento hospitalar, a responsabilização do hospital é objetiva por ato de seu preposto (mesmo sem culpa no agir), conforme a Súmula nº 341 do STF. Não esquecendo que sempre cabe ao hospital o direito de regresso se o preposto agir com culpa, para que o ente possa ser ressarcido do montante com que teve de indenizar o paciente lesado.

Também caberá a denúncia da lide nos casos de ação indenizatória contra o hospital de quem este julgue ser o responsável pelos danos alegados contra a entidade hospitalar, excluindo-se os procedimentos especiais que vedam a intervenção de terceiro, tal como previsto na Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95), o que não impede a ação regressiva posterior.

O hospital não tem a obrigação de curar o paciente, mas de dar toda a assistência médica necessária a este, devendo ser a mais completa possível,

pregando pela prudência e diligência, respaldando-se no fato de que a obrigação dele para com o paciente é de meio e não de resultado.

Por outro lado, em se tratando da relação paciente/atividades hospitalares, existe implícita uma cláusula contratual de incolumidade. Esta obrigação do hospital em manter incólume o paciente durante sua estada no hospital tem características de uma obrigação de resultado, pois sua finalidade é manter o paciente a salvo de outros danos que não os decorrentes dos atos médicos.

A entidade hospitalar também tem a obrigação de vigiar e fiscalizar o trabalho desempenhado pelos seus prepostos (médicos ou não), pois o hospital será responsabilizado pelos prejuízos causados aos pacientes, mesmo que tenha procedido com rigorosa seleção de seus profissionais. É de se ressaltar que nesta situação não há, portanto, a chamada culpa *in elegendo*.

Destaca-se que a responsabilidade do estabelecimento hospitalar por erro médico praticado em suas dependências não exclui a responsabilidade solidária das demais entidades, tais como empresas prestadoras de serviço de saúde; modalidades de seguro saúde; planos de saúde ou previdência social pública, por conta da regra descrita no art. 14, *caput*, do CDC. Muitas vezes esta solidariedade pode-se estender a todos os participantes do atendimento hospitalar, médicos, hospital e entidade responsável pela cobertura dos gastos do paciente, ou seja, sendo responsáveis de uma forma ou de outra, todos os que concorreram para o resultado lesivo suportarão os encargos necessários para compensar o dano.

Ainda, por força do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.078/90, o paciente não está obrigado a propor a ação de apensas contra o hospital ou médico. Ele poderá propor contra os dois conjuntamente, ou apenas contra um deles, sendo-lhe mera faculdade decidir contra quem propor a ação indenizatória, pois a obrigação de reparar o dano é solidária e, quando se trata de responsabilidade solidária, a demanda pode ser proposta contra qualquer um dos devedores, assim eleitos com fulcro no direito ou no contrato.

Assim, quando o paciente decide acionar diretamente o hospital, necessitará provar não a culpa do hospital, mas apenas a culpa de qualquer de seus prepostos.

Não se pode dizer, portanto, que, em matéria de reparação por erro médico, trata-se sempre de situação de responsabilidade objetiva sem culpa, vez que em alguns casos haverá a necessidade de se demonstrar que qualquer dos prepostos do

hospital agiram com negligência, imprudência ou imperícia. Se não for demonstrada a culpa do profissional, conseqüentemente, não se condena o hospital a reparar o dano com base na ideia de culpa.

Supondo-se que ocorra em um hospital morte por infecção hospitalar, a responsabilidade deste é objetiva (art. 14, *caput*, do CDC). É de conhecimento comum que a septicemia é um mal hospitalar, porque o ambiente pode proporcionar o contágio infeccioso, mas quando ocorre a infecção hospitalar, suas origens tanto podem localizar-se nas condições ambientais como nas próprias condições pessoais do paciente, capazes de provocar a autoinfecção. No entanto, não se pode olvidar que o risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico e que não existe, em nenhum lugar do mundo, índice zero de infecção.

Não há culpa da entidade hospitalar se há diligências constantes neste sentido, ou seja, se há manifesta preocupação do hospital na política de prevenção à infecção. Contudo, tem-se como configurada a culpa do hospital, pela infecção contraída pelo paciente durante a internação, quando ausentes ou insuficientes as medidas rotineiras de prevenção contra a infecção hospitalar.

A responsabilidade civil dos hospitais, seja por qualquer lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, seja por infecção hospitalar, não se inclui na regra do art. 1.545, do CC (obrigação de meio), uma vez que o estabelecimento deve provar que inexistiu defeito e que a culpa da infecção deve-se ao paciente ou a terceiro.

Destarte, é aplicada a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual se presume que o contratante seja culpado por não ter alcançado o resultado a que se obrigou, que era impedir o agravamento da condição de saúde do paciente em razão do ambiente hospitalar.

Portanto, verifica-se que na presente situação não se trata da teoria pura do risco, porque sempre será lícito ao hospital provar a ocorrência de causa exógena à prestação de seus serviços para eximir-se do dever de indenizar. Dito de outro modo, quem se apresenta como vítima de lesão sofrida durante internamento somente terá de provar, para obter a competente indenização, o dano e sua verificação decorrente de sua estadia no hospital. Até prova em contrário, a culpa do estabelecimento estaria presumida.

3.2.1 Algumas espécies de responsabilidade objetiva

3.2.1.1 Da anestesiologia

Atualmente, o anestesista é um médico especialista e desempenha sua função com completa autonomia, não se admitindo a ausência deste em cirurgia extensa.

A responsabilidade do anestesista começa não apenas durante o ato cirúrgico, mas na avaliação pré-anestésica, ou seja, muito antes da cirurgia quando é feita a anamnese através de pesquisa prévia sobre as condições do paciente.

A falha do anestesista, no pré e pós-operatório, é sempre autônoma, não atingindo o cirurgião, pois o seu campo de atuação é distinto, como bem enfatiza Gonçalves (2003, p. 364).

Pode acontecer entre o cirurgião e o anestesista responsabilidade solidária durante intervenção cirúrgica, quando este está sob o comando do cirurgião ou do chefe da equipe.

Sendo feita a avaliação prévia por um profissional, e a anestesia ministrada por outro, ocorrendo erro de avaliação com influência na cirurgia, a responsabilidade será solidária.

Se a causa do insucesso da avaliação foi a negligência, imprudência ou imperícia, o médico anestesista, embora não queira o resultado lesivo, assume o risco das consequências que possam advir de sua prática profissional especializada.

É caso de erro médico o descuido do profissional ou a técnica deficiente quando não há indício de possível acidente, isto é, a ausência deste induz à negligência.

Este profissional deve monitorar o paciente durante todo o tempo de duração do procedimento, mantendo em equilíbrio a pressão sanguínea, os batimentos cardíacos e a oxigenação do paciente.

Quando for verificada alguma intercorrência nociva, como reação exagerada do organismo ou hipersensibilidade a determinados produtos ou substâncias (choque anafilático), o que ocasionar lesões irreversíveis ou até causar a morte do paciente, então sua omissão o tornará negligente, conduzindo à responsabilização civil.

O médico anestesista será extremamente imprudente e imperito, se usar anestésico de alto risco ou diluente inadequado, sem conhecimento do produto e da forma de atuação no organismo do paciente.

O referido médico, como qualquer outro profissional liberal, responde civilmente mediante comprovação de culpa, isto é, dolo ou culpa *stricto sensu* (art. 14, § 4º, do CDC e art. 951, do CC).

É importante salientar que nem sempre a complicação causada por anestesia pode ser debitada à negligência, imprudência ou imperícia, pois o paciente pode ser portador de alguma doença preexistente que não fora revelada ao médico. Neste caso, não se verifica a responsabilidade do anestesista, pois estamos diante de uma das causas excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima), rompendo o nexu casual entre a conduta do anestesista e a verificação do ato lesivo.

3.2.1.2 Da equipe médica

Durante intervenções cirúrgicas e internamento, o problema da concorrência de culpa ocorre com frequência nas equipes médicas e nos serviços do hospital.

É preciso, no entanto, separar, dentro da equipe médica que participa de determinada cirurgia, os que estão sujeitos às ordens do cirurgião-chefe e aqueles que exercem função técnica complexa e inerente à sua especialização.

Responde o médico chefe, independentemente de culpa própria, pelas falhas da equipe, pois ela está sob sua direção no momento da intervenção cirúrgica, presumindo-se a responsabilidade objetiva do cirurgião-chefe em caso de dano ao paciente. Em outras palavras, são meros prepostos os que cumprem ordens do chefe de equipe.

Por outro lado, se a responsabilidade for individualizada, responderá o próprio profissional ou o hospital (Súmula nº 341 do STF), pois, como dito anteriormente, o cirurgião não responde pelas falhas do anestesista, a não ser que a atuação deste profissional tenha sido influenciada pelo chefe da equipe.

Contudo, se em razão da anestesia o paciente vier a sofrer danos, a responsabilidade do anestesista há de resultar de sua própria atuação ou omissão,

como se observa nos erros de diagnóstico; de procedimento terapêutico; técnica; e na ausência de anamnese preliminar (STOCO, 2004, p. 553).

Há, ainda, o caso de a cirurgia ser mal executada ou se o cirurgião usar temerária técnica cirúrgica, não sendo responsáveis nem o anestesista e nem o chefe da equipe, que poderia até não estar presente na sala e nem sequer ter participado do procedimento cirúrgico.

3.3 Dos fundamentos e critérios utilizados na análise subjetiva do erro médico

O novo Código Civil visando alcançar uma maior afinidade da norma com a realidade autorizou a adoção de critérios ético-jurídicos, entre eles a equidade, objetivando adequar os fatos sociais aos modelos jurídicos já existentes. Isto porque a equidade aumenta sensivelmente a liberdade do juiz, tanto na interpretação da norma positiva como na apreciação da prova e na direção do processo.

No que se refere à responsabilidade civil, a equidade surge como novo critério adotado pelos juízes e tribunais para arbitrar a indenização que se entende adequada ao caso concreto. O legislador buscou com isso trazer justiça ao caso concreto, onde a equidade passa a ser aplicada de modo a demonstrar que os magistrados devem zelar por qualidades como equilíbrio, preparo técnico, senso de justiça, prudência e evitar tendências ideológicas, sejam elas sentimentais ou filantrópicas.

Destarte, o Novo Código Civil tratou de zelar para que injustiças como essas sejam evitadas, introduzindo a análise da culpa e do próprio comportamento da vítima para se fixar a extensão da reparação do dano (KFOURI NETO, 2003, p. 73).

O art. 944 do CC deu exemplar importância à gravidade da falta cometida pelo agente, para que este não tenha de suportar um ônus maior do que o correspondente à sua culpa. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo autoriza o juiz a reduzir equitativamente a indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, devendo ser imposta ao autor do dano a obrigação de indenizar na medida de sua culpa.

Acrescenta-se que o montante da indenização a ser fixada pelo juiz não se reduz em caso de dolo ou culpa grave. Como o importante é a gravidade da culpa, somente a culpa leve ou moderada e a culpa levíssima ou pequena permitem ao juiz a redução da indenização.

O juiz ao fixar o justo e adequado valor da indenização examinará as circunstâncias pessoais das partes e das provas que o circundam, visto que, de acordo com a condição financeira do causador do dano pode o valor da condenação variar no caso concreto.

Necessário asseverar que a condição cultural do médico também deve ser apurada na análise da culpa, pois a fixação da indenização depende do grau de entendimento e de cuidado que se poderia exigir dele. Para apurar a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano causado, o julgador deve considerar a extensão de cada um, a natureza do prejuízo, o local em que ocorreu, sua repercussão na vida social da vítima e de seus familiares e as condições pessoais e sociais do médico e do paciente.

Como a lei exige que seja excessiva a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a culpabilidade do lesante há de ser leve e o dano de grande extensão para que haja mitigação da lei. Culpa leve (ou levíssima) e dano de pequena monta, ou culpa grave e dano de grandes proporções, não são desproporcionais.

É importante ressaltar que, embora o legislador tenha autorizado pela lei a redução equitativa da indenização, esta não deve ser considerada como uma faculdade do julgador, mas como um direito subjetivo do causador do dano, ou seja, a redução não pode ser revogada pela autoridade judiciária se os requisitos previstos na Lei estiverem satisfeitos. Por exemplo, no caso de a culpa leve do agente ter causado danos morais de alta monta e materiais não exagerados, a redução se dará somente na fixação da indenização de um dos danos causados porque assim estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas aos danos morais.

Conforme entendimento doutrinário, apesar de a utilização da equidade como critério e fundamento para o juiz fixar as indenizações não estar expressamente autorizada pelo legislador no art. 945 do CC, é permitido ao magistrado se valer de todas as circunstâncias fáticas envolvendo as partes e o caso concreto para poder arbitrar indenizações mais justas, autorizando, ainda que implicitamente, a aplicação da equidade (CARVALHO FILHO, 2003, p. 78).

Nesse contexto, pode-se afirmar também que o julgador, de forma análoga, poderia levar em consideração a gravidade da culpa concorrente da vítima e julgar o caso concreto por equidade, quando da análise dos elementos subjetivos da responsabilidade civil do médico. Desse modo, também pode haver redução da indenização quando a culpa da vítima concorre para a produção do dano, havendo

compensação proporcional dos prejuízos, pois é mais justo estabelecer o valor da indenização conforme o grau de culpa dos envolvidos no evento danoso.

Com a inovação apresentada pelos arts. 944 e 945 do CC, o juiz teve reafirmada a necessidade de estabelecer o grau de culpa do causador do dano. Demonstrando no que consistiu o agir culposo do médico, o julgador deverá avaliar a intensidade da negligência, imprudência ou imperícia (se grave, leve ou levíssima). Passará o juiz à quantificação da indenização só depois de analisar a conduta do médico, não esquecendo a forma livre e valendo-se da equidade como fundamento.

Não esquecendo que basta a prova da culpa para configurar a responsabilidade civil do médico, esta é pressuposto intrínseco para se passar à averiguação da maior ou menor gravidade da culpa para que o juiz estabeleça o valor da indenização a ser paga ao paciente. Lembrando que na culpa não existe intenção de causar o dano, porém há presunção da previsibilidade.

Verdade seja dita, um bom médico não deseja causar nenhum tipo de dano ao paciente, mas julgamos sua conduta comparando-a com aquela que teria sido observada por um juízo razoável, sendo a apreciação da culpa do médico feita em abstrato.

Em suma, o juiz deverá ponderar sobre a eventual concorrência entre a culpa do médico e a da vítima, avaliando adequadamente o grau de contribuição de cada um para a ocorrência do dano. Nesse procedimento, o magistrado estabelecerá uma análise subjetiva das circunstâncias fáticas para determinar o valor da indenização, podendo a culpa ser dividida nas classificações: leve, levíssima ou grave. Introduzida pelo Código Civil de 2002, essa gradação, feita por meio da análise equitativa da gravidade da negligência, imprudência ou imperícia do médico e seu grau de proporcionalidade com o dano, permitirá maior justiça no julgamento dos casos decorrentes de responsabilidade civil por erro médico.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade civil continua tendo como imprescindíveis os conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva na sua abordagem jurídica, ou seja, a culpa na conduta do agente causador do dano.

Necessariamente, no caso do médico, a responsabilidade caracteriza-se pela presença de culpa (negligência, imprudência, imperícia), no seu agir profissional.

Como bem define a doutrina e a jurisprudência, a atividade médica será uma obrigação de meio e, fugindo à regra geral, haverá casos em que será obrigação de resultado, como ocorre na cirurgia plástica estética ou nos casos em que o médico espontaneamente se obriga a um resultado determinado.

A responsabilidade, que rege o vínculo jurídico ente o médico e o paciente, nesses casos, caracteriza-se pela presunção de que a culpa esteja presente no ato médico. Como consequência haverá inversão do ônus da prova, cabendo ao médico fazer prova contrária.

Verificou-se que o direito brasileiro adota a teoria dualista da responsabilidade civil, dividindo-a em responsabilidade subjetiva e objetiva.

Como a responsabilidade do médico é subjetiva (art. 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor), a culpa deve ser provada pelo paciente, mesmo que em alguns casos esta seja de difícil demonstração, principalmente quando a prova pericial deve ser abalizada por profissionais que preferem acobertar falhas de alguns médicos (corporativismo), dificultando assim a ação dos Conselhos Regionais de Medicina na punição dos maus médicos.

Em se tratando de estabelecimento hospitalar, a responsabilidade é objetiva e definida na Constituição (art. 37 § 6º), no Código Civil (art. 927 e parágrafo único) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, caput), onde a culpa não se discute. Porém nos casos em que somente o hospital é acionado e a culpa do médico comprovada, este será responsabilizado e poderá cobrar do profissional culpado em ação regressiva.

Antes do advento da atual legislação, o entendimento por parte dos juízes era norteado pelo que preconiza o Código Civil, o qual julga como erro médico o dano provocado por imperícia, imprudência ou negligência, cabendo ao litigante provar a culpa do profissional. Essa é a responsabilidade subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor, contudo, adota a responsabilidade objetiva como regra, fazendo exceção apenas quanto ao profissional liberal. Por esta perspectiva, se ficar provado que o profissional deu causa ao dano, independentemente de culpa, ele estará obrigado a repará-lo. E pior ainda, poderá ser invertido o ônus da prova, ou seja, se o juiz entender que o paciente é hipossuficiente para comprovar aquilo que acusa, competirá ao médico provar que é inocente. Assim se procede quanto às clínicas e hospitais.

Com a deterioração da relação médico-paciente, os médicos saem da subordinação divina para serem submetidos às leis de mercado, sendo agora julgados à luz da legislação consumerista nas ações cíveis ajuizadas por setores da sociedade que não só denunciam a má prestação dos serviços médicos como também exigem do médico a obrigação contratual de curar, não mais o dever hipocrático de cuidar.

De fato, o médico em sua nobre atividade não deseja causar o menor dano aos seus pacientes. Entretanto, basta um hematoma para que ocorra a manifestação de vontade com fito em responsabilizar o médico.

É sabido que, se da ação ou omissão dolosa ou culposa resultar em erro médico e o paciente vier a sofrer dano de qualquer ordem, seja físico, psíquico ou moral, nasce o dever de reparar, pois é o médico destinatário daquele dever de guarda e incolumidade.

Entretanto, o controle rigoroso dos juízes no julgamento das ações em desfavor dos médicos, que hoje em dia fixam pesadas indenizações pautadas na responsabilidade civil criou-se um certo desconforto na relação médico-paciente.

O profissional da medicina como tem conhecimento dessas ações indenizatórias por erro médico, não está mais vendo o paciente com os mesmos olhos de antes, pois presume que o paciente está à espera de um deslize para processá-lo judicialmente.

Sendo assim, a relação médico-paciente deixou de ser a mesma de outrora, posto que o sentimento de confiança mútua perde o seu sentido ainda mais diante do fato de que o paciente acredita que o médico tem o dever de curá-lo ou tratá-lo.

Em virtude dessa insegurança, o médico deve tomar cuidados e precauções para se prevenir e evitar que os pacientes o processem alegando responsabilidade por erro médico. Nesse sentido, diante de um tratamento arriscado ou de qualquer cirurgia, o médico deve obter o consentimento prévio e expresso do

paciente e também a sua aquiescência livre e clara; o médico deve também informar todos os riscos e eventuais consequências relacionados a determinado problema de saúde; caso o paciente esteja passando por iminente perigo de vida, deve o médico obter o consentimento dos parentes mais próximos, pois poderá tornar sem efeito a alegação de falta de advertência do médico ao paciente sobre a possibilidade de ocorrência de resultado insatisfatório ou aquém das expectativas do paciente.

O anestesista, por exemplo, deve resguardar sua responsabilidade, jamais aplicando anestésias gerais em cirurgias de baixo risco; não deve anestésiar sem o conhecimento prévio do paciente e, no caso de impedimento deste, de algum parente próximo que possa falar por ele; deve, ainda, aplicar a anestesia na presença de testemunhas; deve sempre proceder a exames periódicos, inclusive laboratoriais; e claro nunca usar drogas anestésicas ou entorpecentes senão em razão de legítima necessidade ou para alívio de dor.

O consentimento precisa ser dado com conhecimento de causa e não por paciente mal informado, pois assim seria muito fácil liberar o médico de sua responsabilidade.

Até pouco tempo, os magistrados optavam pela responsabilidade subjetiva ou com culpa, considerando a responsabilidade civil do médico somente em face de erro grosseiro ou inescusável negligência.

Uma condenação não pode ser ditada por um juízo de probabilidade, principalmente no que diz respeito à conduta do médico, com atividades técnicas e terminologias que quase sempre fogem da compreensão do leigo. É imprescindível, portanto, a demonstração inequívoca do nexo causal entre o evento danoso e a conduta dita culposa, imputada ao médico.

Uma eventual condenação deve se alicerçar em elementos que acima de tudo demonstrem estar a conduta do médico atrelada ao resultado, bem como convença da culpa, visto que o próprio paciente traz consigo um risco derivado de sua patologia, não sendo o médico responsável por provocá-la.

Adotar a responsabilidade objetiva, nesse caso, equivale a lutar contra a própria natureza humana, pois seria ignorar o destino das coisas e inexorabilidade da vida.

Destaca-se, ainda, que nas ações contra os médicos, o que se busca é uma indenização por dano material, onde se encontra o que o paciente gastou com

despesas de tratamento e o que será gasto no futuro, bem como a reparação em pecúnia do dano moral.

Em nosso ordenamento jurídico o dano moral tem caráter compensatório e punitivo, e para que o juiz fixe a verba moral devem ser levados em consideração a intensidade do dolo, o grau de culpa do agente e a situação econômica das partes.

Fato é que os juízes estão arbitrando valores absurdos a serem pagos a título de indenização por danos morais nesses casos, o que acaba por dar origem ao enriquecimento ilícito da parte autora.

Além disso, a Súmula nº 37 do STJ consagrou entendimento de que são cumuláveis as indenizações por dano moral e patrimonial oriundas do mesmo fato, desde que os juízes e tribunais evitem excessos conducentes ao enriquecimento ilícito. Por conseguinte, tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, o juiz deve utilizar os princípios da equidade e da razoabilidade quando da fixação do *quantum debeat*.

Desse modo, se o médico é responsável pelos danos decorrentes de sua negligência, imprudência ou imperícia, e daí resulta lesão proporcional ao grau de contribuição do réu para o evento danoso, o médico deve sim reparar o dano na medida de sua culpa, não sendo justo, porém, puni-lo com indenizações absurdas que destoam largamente de sua finalidade original.

Conclui-se com a observação de que a relação médico-paciente precisa ser mais humanizada, envolvendo diversos fatores, mas todos com um objetivo em comum, ou seja, pôr o paciente nos centros das atenções. É crucial lidar com o ser humano a partir de suas fraquezas, sendo impossível agir dessa forma se o profissional não admitir suas próprias deficiências. Portanto, necessário se faz que o médico afaste o individualismo, que não seja só um técnico em medicina, mas alguém que trata de pessoas em toda a sua complexidade primando pela empatia com o doente acima de tudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o código de ética médica.** DOU. 24 set 2009;(183, seção I):90-2. Retificações em: DOU. 13 out 2009;(195, seção I):173. Disponível em: < www.in.gov.br >. Acesso em: 07 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1046632/RJ.** Relator: BUZZI, Marco. Publicado no DJe de 13 nov. 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32015392&num_registro=200800757680&data=20131113&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 07 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1395254/SC.** Relator: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe de 29 nov. 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31205540&num_registro=201301322429&data=20131129&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 07 jul. 2015.

BREDA, José. **Responsabilidade civil do médico.** 3. ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil.** São Paulo: Atlas, 2003.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DROPA, Romualdo Flávio. **Erro Médico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3876 >. Acesso em: 07 jul. 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 3. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1982.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles Gomes; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico – um enfoque sobre sua origem e conseqüências**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.

GOMES, Rui Kleber Costa. **Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

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

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente**. 1. ed. São Paulo: Manole Ltda, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAVATIER, René. **La théorie des obligations: vision juridique et économique**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1969.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN Editora, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 811, pp. 43-66, maio 2003.

