

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MARCUS LACERDA BARBOSA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS NAS DEMANDAS FUNDADAS
EM ERRO MÉDICO**

São Luís
2013

MARCUS LACERDA BARBOSA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS NAS DEMANDAS FUNDADAS
EM ERRO MÉDICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Msc. Marcelo de Carvalho Lima.

São Luís

2013

MARCUS LACERDA BARBOSA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS NAS DEMANDAS FUNDADAS
EM ERRO MÉDICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Msc. Marcelo de Carvalho Lima (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1ª Examinador
Universidade Federal do Maranhão

2ª Examinador
Universidade Federal do Maranhão

A minha querida e amada filha, Nicolly Rabelo Lacerda Barbosa, que mudou o sentido da minha vida e me motivou para que eu realizasse o sonho de me formar em Direito. Seu sorriso é uma grande fonte de inspiração e sua sabedoria e curiosidade uma motivação para que eu possa estar aprendendo e buscando novos conhecimentos.

AGRADECIMENTOS

Cursar Direito era um sonho que eu alimentava desde a infância. Esse sonho tornou-se possível graças a uma série de fatores, dentre os quais, a contribuição de algumas pessoas que devem ser lembradas neste momento tão especial.

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me proporcionado saúde e proteção durante essa jornada, e por estar me abençoando com a graduação em Direito.

A minha mãe, por ser um exemplo de dedicação, persistência e sacrifício, não poupando esforços para nos dar uma vida digna e honesta.

Ao meu pai, pelo exemplo de superação e de que os estudos podem ser um instrumento importante para alcançar objetivos pessoais e ajudar o próximo.

A minha filha, por ter representado um momento novo e muito abençoado em minha vida.

Aos meus queridos irmãos, Felipe Lacerda Barbosa e Raphael Lacerda Barbosa, pelo exemplo de brilhantismo e dedicação aos estudos.

A Procuradora de Justiça Selene Coelho de Lacerda, pela primeira oportunidade de vivenciar a prática jurídica.

Ao meu tio, José do Egito Barbosa, pelo exemplo, apoio e incentivo.

Ao meu tio, Jailton Lima Barbosa, por ter me acompanhado em todas as fases da minha vida.

Ao meu grande amigo, Cláudio Roberto Marques da Silva, por acreditar nos meus esforços.

Aos amigos da turma de Direito Matutino, 2009.1, pela amizade e agradáveis momentos de convívio na academia.

A todos os meus familiares que, direta ou indiretamente, me incentivaram nesta caminhada.

Ao prof^o. Msc. Marcelo de Carvalho Lima, pela orientação neste trabalho.

Por fim, dedico especial agradecimento à minha esposa, Mylena Rabelo Barbosa, pelo apoio incondicional e pela parceria no momento em que, ainda aos 18 anos de idade, tive que assumir o papel de pai e marido.

O homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu.

Max Weber

RESUMO

Entende-se que responsabilidade civil é o dever de reparar o dano que uma pessoa causa a outrem. Observou-se que a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, como é o caso dos hospitais, prescinde da verificação de culpa, e tem como fundamento o risco da atividade empresarial, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC. Por sua vez, fugindo à regra, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, como é o caso dos médicos, será apurada mediante a verificação de culpa, de acordo com o § 4º do art. 14 do CDC. O objetivo primordial deste trabalho é analisar a responsabilidade civil dos hospitais nos casos de “erro médico”, levando-se em consideração a responsabilidade objetiva dos hospitais, enquanto fornecedores de serviços, e a responsabilidade subjetiva dos médicos, enquanto profissionais liberais. Para o desenvolvimento do tema submetido ao presente estudo, adotou-se como método de abordagem dedutivo. O método de procedimento contou basicamente de revisão bibliográfica e pesquisa na legislação, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Hospitais. Erro médico.

ABSTRACT

It is understood that civil responsibility is the duty of repairing a damage caused to another person. It is observed that the civil responsibility of service providers, like hospitals, dispenses the verification of fault, being based on the risk of the business activity, according to the article art. 14, caput of CDC. On the other side, fleeing the rule, the personal responsibility of liberal professionals, as medical doctors for exemple, it will be judged upon verification of guilt according to the § 4º of the art. 14 of CDC. The principal objective of this work is to analyze the civil responsibility of hospitals concerning on medical error, considering the strict liability of hospitals, as providers, and the subjective responsibility of physicians, as liberal professionals. The methodology used in this study was the deductive approach based on literature review; search on legislation, as well as, on the jurisprudence of the Supreme Court of Justice.

Key words: Civil responsibility. Hospitals. Medical error.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art.	-	Artigo
arts.	-	Artigos
CC/02	-	Código Civil
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
DJ	-	Diário de Justiça
DJU	-	Diário de Justiça da União
Etc.	-	Etecetera
Min	-	Ministro
n.	-	Número
nº.	-	Número
p.	-	Página
Rel.	-	Relator
REsp.	-	Recurso Especial
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
T.	-	Turma

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1	Definição	14
2.2	Pressupostos e fundamentos	16
2.2.1	Pressupostos.....	18
2.2.2	Fundamentos.....	21
2.3	Espécies	24
2.3.1	Responsabilidade civil subjetiva.....	24
2.3.2	Responsabilidade objetiva.....	24
2.3.3	Responsabilidade contratual.....	25
2.3.4	Responsabilidade extracontratual.....	26
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	28
3.1	Relevância	28
3.2	Pressupostos e fundamentos jurídicos	29
3.2.1	Pressupostos do dever de indenizar o paciente.....	29
3.2.2	Fundamento do dever de indenizar o paciente.....	30
3.3	Fatores aleatórios, indissociáveis da prática médica: o risco inerente da atividade	33
3.4	A Teoria do resultado e o ônus da prova	35
3.5	A prova do erro médico	37
3.6	Dever de informação e o consentimento esclarecido	40
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO	44

4.1	Importância do vínculo entre médico e hospital.....	44
4.2	Fundamento.....	46
4.2.1	Entendimento do STJ.....	52
4.3	Não incidência do art. 927, parágrafo único, <i>in fine</i>, do Código Civil.....	54
4.4	A inversão do ônus da prova e a técnica das cargas probatórias dinâmicas.....	56
5	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado, nos últimos anos, um aumento vertiginoso de demandas judiciais fundadas em “erro médico”. Como, em regra, os serviços médicos são prestados no interior dos hospitais, essas ações têm sido cada vez mais direcionadas em face da pessoa jurídica.

Nesse passo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), os fornecedores de serviços, como é o caso dos hospitais, respondem independentemente de culpa por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco (Art.14, caput). O dispositivo legal se fundamenta na teoria do risco da atividade empresarial (empreendimento), de sorte que à pessoa jurídica incumbe demonstrar que, tendo prestado os serviços, o defeito inexistente, ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (Art. 14, § 3º, I e II).

Contudo, o CDC prevê uma única exceção à responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços: os serviços prestados pelos profissionais liberais, como é o caso dos profissionais da medicina. Para eles, manteve o sistema tradicional baseado na culpa (art. 14, § 4º). Ademais, o Código Civil de 2002 (CC/02) dispõe que o profissional deve indenizar o paciente quando, por negligência, imprudência ou imperícia, causar-lhe a morte, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho (Art. 951).

Com base nesse pressuposto, a Doutrina e a Jurisprudência têm divergido em relação à responsabilidade civil dos hospitais por “erro médico”. Numa ponta, tem-se entendido que a responsabilidade dos hospitais é sempre objetiva, tendo como fundamento o risco da atividade empresarial (empreendimento). Noutra ponta, tem-se entendido que, no tocante à responsabilidade civil dos hospitais, há que distinguir a atividade empresarial da atividade médica em si, pois, nesse último caso, a responsabilidade hospitalar é subjetiva, tendo como fundamento a culpa do esculápio.

Assim, o segundo capítulo se inicia com a definição do instituto da reponsabilidade civil, de modo a preparar terreno para o desenvolvimento do presente trabalho. Estabelecida a definição, passa-se a abordar os elementos ou requisitos desse instituto, dividindo-os em pressupostos e fundamentos. Em seguida, analisa-se as classificações da reponsabilidade civil, quanto ao fundamento e quanto

à origem.

No terceiro capítulo, o enfoque recai sobre a responsabilidade civil dos médicos, ressaltando-se de plano o aumento vertiginoso de demandas judiciais contra esses profissionais. Após assentar o fundamento da responsabilidade civil, realiza-se uma análise acerca dos fatores aleatórios indissociáveis da prática médica, isto é, o risco inerente da atividade, e a forma como eles interferem na natureza da obrigação dos serviços prestados pelos profissionais da medicina, bem como na dificuldade de aferição do nexo causal e da culpa do médico (“erro médico”). Realiza-se, ainda, neste capítulo, uma análise do direito de informação do paciente, ante os riscos inerentes da atividade.

No quarto e último capítulo, tendo em vista que as demandas envolvendo “erro médico” têm sido cada vez mais direcionadas em face dos nosocômios, analisa-se o fundamento da responsabilidade civil dos hospitais nas demandas fundadas em “erro médico” e aplicabilidade da técnica das cargas probatórias dinâmicas nesses processos. Antes de adentrar na análise do fundamento, todavia, foram estabelecidas as situações nas quais o hospital responderá solidariamente com o profissional da medicina.

Nas considerações finais, apresenta-se um resumo das principais conclusões acerca da responsabilidade civil dos hospitais por “erro médico”. Em síntese, diante dos fatores aleatórios indissociáveis da prática médica, a obrigação dos profissionais da medicina será apenas de empregar com zelo todos os meios ao seu alcance, sem que possam se comprometer com o resultado específico da cirurgia ou do tratamento do paciente. Sendo assim, o mesmo raciocínio se aplicará aos hospitais no que se refere à atividade médica em si. Além disso, em razão da dificuldade de se aferir o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o “mau resultado” do paciente, bem como da culpa médica, a técnica das cargas probatórias dinâmicas vem a calhar perfeitamente.

Portanto, o objetivo primordial deste trabalho é analisar o fundamento da responsabilidade civil dos hospitais nas demandas fundadas em “erro médico”, projetando a influência dos fatores aleatórios indissociáveis da atividade médica na natureza da obrigação assumida pelos discípulos de Hipócrates, bem como na dificuldade da prova do “erro médico” e no direito à informação do paciente, distinguindo, ainda, a responsabilidade hospitalar pelo fato da atividade médica em si, da responsabilidade pelo fato da atividade empresarial propriamente dita, tendo

por parâmetro para analisá-los o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Para o desenvolvimento do tema, o presente estudo adotou o método de abordagem dedutivo. O método de procedimento contou basicamente de revisão bibliográfica e pesquisa na legislação, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Definição

Segundo Sartre (2013, p. 667), liberdade é a capacidade de assumir escolhas, e cada escolha traz consigo a responsabilidade. Seguindo o pensamento do filósofo francês, assevera Dias (1979 *Apud* STOCO, 2013, p. 160) que

[...] toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que **são também inúmeras as espécies de responsabilidade**, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado. A responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social. (Grifo nosso).

Desse modo, o comportamento humano poderá deflagrar mais de um tipo de responsabilidade, seja moral, que se restringe ao campo psicológico (OLIVEIRA, 2005, p. 87), seja jurídica, dividida em civil, penal e administrativa (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 413).

A mesma conduta poderá, ainda, gerar mais de um tipo de responsabilidade jurídica, porque violou de uma só vez norma de Direito Civil, de Direito Penal e Administrativo (CHAMONE, 2008). Nos casos de “erro médico” – que será objeto de estudo neste trabalho – não raramente a responsabilidade legal se estenderá por esses três ramos do Direito (MORAES, 1996)¹.

A responsabilidade é **penal** quando o dano, pela gravidade, causa turbacão da ordem social. É a comoção da comunidade, que ultrapassa o âmbito do paciente e de sua família. A sanção é uma pena, que pode ser corporal ou pecuniária, e só recai sobre o autor da má prática.

Na responsabilidade **civil**, o dano tem repercussões mais restritas: alcança o paciente e sua família, sem outros extravasamentos. A sanção tem natureza exclusivamente patrimonial e alcança o profissional responsável e seus sucessores.

Na responsabilidade **administrativa**, o dano repercute na reputação da profissão médica e da instituição que a representa. Os aspectos correccionais ou corretivos estão a cargo dos Conselhos de Medicina, federal e estaduais (MORAES, 1996). (Grifo do autor)

No que se refere especificamente à responsabilidade civil, Mazeaud, Mazeaud e Tunc (1957 *Apud* STOCO, 2013, p. 155), em meados da década de 50

¹ O presente trabalho tratará apenas da responsabilidade civil do médico.

do século passado, já enfatizavam a “[...] grande dificuldade que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil”. Do mesmo modo, no início dos anos 90, Pereira (1991, p. 12) observou que “não chegam os autores a um acordo quando tentam enunciar o conceito de responsabilidade civil”.

Em precisa lição, observa Diniz (2008, p. 34) que

[...] autores existem que se baseiam, ao defini-la, na culpa. [...]. Outros [...] a vêem sob um aspecto mais amplo, não vislumbrando nela uma mera questão de culpabilidade, mas de repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, de sorte que a responsabilidade, na concepção moderna, comporta dois polos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa.

Há, contudo, consenso no sentido de que o instituto da responsabilidade civil está relacionado à ideia de não prejudicar o outro (*neminem laedere*). Nas palavras de Stoco (2013, p. 158),

[...] a noção da ‘responsabilidade’ pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. [...] impor a todos o dever de responder por seus atos [...] revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Partindo dessa noção, o próprio Pereira (1991, p. 7), ainda sob a égide do Código Civil de 1916, em simples proposições, conceituou o mencionado instituto como sendo “a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outrem”.

Na mesma esteira, segundo Queiroga (2003, p. 06), “a ideia de reparação do prejuízo sofrido pela vítima inspira-se no interesse de restabelecer o equilíbrio-jurídico provocado pelo dano”.

Por sua vez, de maneira pragmática, Cavalieri Filho (2012, p. 2-3) define responsabilidade civil como o “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida”. E complementa: “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo conseqüente à violação do primeiro”. Seguindo esse conceito, para Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 9), “a noção de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)”.

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que a responsabilidade civil tem origem em ato ilícito (BRAGA NETTO, 2003, p. 101), ou seja: na violação de um dever jurídico preexistente (legal ou contratual). Eis o disposto no arts.186 e 187 do Código Civil de 2002, *In Verbis*:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes (BRASIL, 2002) (Grifo nosso)

Nesse ponto, Stoco (2013, p. 166) observa a “equivocada conceituação do ato ilícito no Código Civil de 2002”. É que, a despeito da redação supratranscrita, “[...] a só violação do direito já caracteriza ato ilícito, independente de ter ocorrido o dano. Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma”.

Todavia, para que haja o dever de reparar, não basta o ato ilícito: faz-se necessário o dano, seja material (patrimonial), como moral (extrapatrimonial). Logo, “mantem-se o binômio: ato ilícito + dano = reparação, herdado da teoria clássica e conservado em nosso ordenamento jurídico ao longo dos três últimos séculos” (STOCO, 2013, p. 233). Isso é o que se extrai do art. 927, caput, do CC/02, *In Verbis*:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

2.2 Pressupostos e fundamentos

Para a configuração da responsabilidade civil a Doutrina vem indicando a necessidade de preenchimento de certos elementos ou requisitos essenciais, sem os quais aquela não se configura. Em sua maioria, ela tem apontado 04 (quatro) elementos imprescindíveis, sendo eles: (a) a conduta; (b) o dano; (c) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e (d) a culpa.

Com relação a esse último elemento, preceitua Pereira (1991, p. 71) que “foi no Código Civil Francês de 1804 que se inseriu a noção de culpa na estrutura da responsabilidade civil” e o “Código Civil posto em vigor [...], tal como o Código revogado, consagrou o princípio da responsabilidade mediante culpa” (STOCO,

2013, p. 180).

Ocorre que avançam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 24) colocando a culpa como elemento apenas acidental da responsabilidade civil, nos termos que segue:

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

E complementam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 25):

A culpa, portanto, não é elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo, e o nexó de causalidade.

Inobstante as conclusões acima, obtempera Zuliani e Brunhari (2011, p. 59):

É de geral conhecimento ser a responsabilidade civil subjetiva (arts. 186 e 927 do Código Civil) regra em nosso ordenamento jurídico, tendo como fundamento a culpa e demanda a análise da existência de vontade de lesar ou de conduta negligente, imprudente ou imperita. Por outro lado, **a responsabilidade civil objetiva é excepcional** (art. 927, parágrafo único, do CC/02, e art. 14 do CDC), **tem como fundamento o risco** [...] sendo irrelevante o aspecto subjetivo ou o comportamento do ofensor. (Grifo nosso)

E rebate Stoco (2013, p. 181):

A regra geral estabelecida no art. 186 não deixa margem a dúvidas ao estabelecer que **o ato ilícito somente se materializa se for praticado em afronta à lei e que esse comportamento seja culposos**. [...] Portanto, a culpa é condição elementar do ato ilícito, como regra. (Grifo nosso)

Fugindo desse debate doutrinário acerca da natureza da culpa como elemento essencial ou acidental para configuração da responsabilidade civil, Godoy (2009, p. 12), seguindo a teoria clássica, posiciona a conduta humana, o dano e o nexó causal como pressupostos, e a culpa ao lado do risco como fundamentos da responsabilidade civil.

De fato, a distinção entre pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil torna menos complexa a apreciação do caso concreto e

verificação da existência ou não do dever de indenizar, mormente no campo da responsabilidade civil do hospital, onde o fundamento pode variar de acordo com a origem do dano, isto é, se da atividade empresarial desenvolvida pelo nosocomio ou da atividade médica realizada em seu interior, conforme será considerado no último capítulo desta dissertação acadêmica.

2.2.1 Pressupostos

Para efeito de responsabilidade civil, a conduta humana não é apenas a conduta derivada do homem, mas a conduta humana voluntária, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25). Portanto, “o núcleo fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, como liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento para ter consciência daquilo que faz” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 27).

A voluntariedade, todavia, como elemento nuclear da conduta humana, deverá ser analisada com *grano salis*, de modo a não ser confundida com a intenção de provocar o dano. Deverá, isso sim, ser interpretada apenas como a consciência da conduta que se pratica, conforme se extrai da seguinte lição:

Cumprido, todavia, assinalar que se **não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo.** A voluntariedade pressuposta na culpa é a ação em si mesma. É a consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade. **Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica em ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposo** (PEREIRA, 1991, p. 77) (Grifo nosso).

Contudo, para que se configure o dever sucessivo de reparar, será necessário que essa conduta humana voluntária possa gerar um prejuízo. A doutrina amplamente majoritária afirma que não há responsabilidade civil sem prejuízo. E o prejuízo causado pelo agente é o dano, seja de ordem patrimonial, ou de ordem extrapatrimonial.

Com absoluta propriedade, Cavalieri Filho (2012, p. 76-77) ressalta a inafastabilidade do dano, dentro da estrutura da responsabilidade civil:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. **Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.** A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. **Não basta o risco de dano**, não basta a conduta ilícita. Sem consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. Mesmo na responsabilidade objetiva, qualquer que seja sua modalidade de risco, o dano constitui seu elemento preponderante (Grifo nosso).

No mesmo passo, rechaçando a tese de Teresa Ancona Lopez – para quem é perfeitamente possível a responsabilidade sem dano (apenas sua ameaça), e acompanhando o entendimento amplamente difundido na doutrina –, conclui Stoco (2013, p.176) que “o dano – em qualquer de suas vertentes ou formas de sua manifestação – é pressuposto da obrigação de indenizar”. Logo, “se dano não houver, falta matéria para indenização” (TJSP – 1ª C. Ap. Rel. Octávio Stucchi – j. 20.08.85 – RT 612/44) (STOCO, 2013, p. 177).

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 36) conceituam dano ou prejuízo “como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. E acrescentam os doutrinadores: “o dano patrimonial traduz a lesão a bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo”.

Por sua vez, o dano moral é a “dor resultante da violação de um bem jurídico tutelado, sem repercussão patrimonial” (DEDA *Apud* KFOURI NETO, 2013, p. 139), que atinge, por exemplo, a intimidade da vítima, sua reputação, imagem, etc.

A Jurisprudência tem admitido, ainda, a indenização pelos danos estéticos². Trata-se de deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, mas que foi gradativamente admitido também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade, ainda que situados em partes íntimas do corpo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 113).

Tais danos, todavia, deverão ser resultado da conduta do agente. A rigor, a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso, envolvendo responsabilidade civil, é o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Antes mesmo de decidir se o agente agiu ou não com culpa – mesmo nos casos em que a

² Enunciado 387 da súmula do STJ: “É possível a acumulação de indenizações de dano estético e moral”.

responsabilidade civil é fundamentada no risco – é necessário apurar se ele deu causa ao evento danoso (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 48).

Nessa esteira, embora possa parecer simples aferir o liame que une o agente ao *eventus damni*, Serpa Lopez (2001, *Apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 85) já havia notado a complexidade do tema:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência. Porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Fundamentalmente há três teorias explicativas no campo do Direito Civil acerca do nexos de causalidade: a) teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*); b) a teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 86).

A primeira delas, a teoria da equivalência dos antecedentes, elaborada pelo jurista alemão Von Buri, para o Direito Penal na segunda metade do século XIX, sustenta que todo e qualquer antecedente fático que concorra para o resultado é causa (CAPEZ, 2008, p. 160). Pereira (1991, p. 86), analisando a doutrina de De Page, observa que esta teoria,

Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as 'condições' de um dano são 'equivalentes', isto é, todos os elementos que, 'de uma certa maneira concorreram para a sua realização, considera-se como causas', sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam ao evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Critica-se a teoria de Von Buri na medida em que abrange todo e qualquer antecedente fático, levando o intérprete ao infinito de causas.

Buscando superar a dificuldade evidenciada na teoria anterior, foi formulada no século XIX por Von Bar e desenvolvida por inspiração do alemão Von Kries a teoria da causalidade adequada. Segundo Capez (2008, p. 160), para essa teoria "só é considerada causa a condição idônea a produção do resultado". E prossegue o penalista: "ainda que contribuindo de qualquer modo para a produção do resultado, um fato não pode ser considerado sua causa quando, isoladamente, não tiver idoneidade para tanto". Essa também é o entendimento de Noronha (2010,

p. 541) para quem “os fatores determinantes serão causa, os demais serão meras condições”.

Agostinho Alvim desenvolveu, ainda, no Brasil, a teoria da causalidade direta ou imediata, segundo a qual causa seria tão somente o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma sequência sua, direta e imediata. Pergunta-se: este comportamento anterior foi causa direta e imediata deste resultado? Se a resposta for positiva, será causa. Não se indaga se a causa é adequada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90).

Com relação à teoria adotada pelo Código Civil, não existe consenso, seja doutrinário, seja jurisprudencial. Sabe-se apenas que a menos adotada no âmbito civil é a teoria da equivalência das condições (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 92). Todavia,

[...] independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao Juiz, caberá a este na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexu causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado (STOCO, 2013, p. 206).

2.2.2 Fundamentos

Uma vez demonstrada a presença dos pressupostos, faz-se necessário verificar o fundamento da responsabilidade civil, que pode variar entre a culpa e o risco. O primeiro exige a perquirição da vontade do autor do dano (dolo) e o seu modo de atuação (negligência, imprudência e imperícia). Por outro lado, o segundo exige apenas a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano, prescindindo, pois, da análise da vontade ou do modo de atuação do agente (GODOY, 2009, p. 12).

Nessa esteira, “a teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Não havendo culpa, não há obrigação de reparar o dano [...]” (NOVAES, 2012). Como discorrido, “foi no Código Civil Francês de 1804 que se inseriu a noção de culpa na estrutura da responsabilidade civil” (PEREIRA, 1991, p. 71). Por sua vez, “o Código Civil de 1916 [...] profundamente influenciado pelo Direito Francês, adotaria a culpa como viga de sua responsabilidade, consoante se depreende da análise do seu art. 159”

(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 124). Eis o dispositivo ora revogado:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2002).

Do mesmo modo, o "Código Civil posto em vigor [...], tal como o Código revogado, consagrou o princípio da responsabilidade mediante culpa" (STOCO, 2013, p. 180):

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.

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

Assim, como regra, não basta demonstrar o vínculo causal entre a conduta e o dano, faz-se necessário provar a culpa do autor do prejuízo para que lhe seja imputado o dever sucessivo de repará-lo.

Nesse ponto, é importante transcrever a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 126) acerca dos elementos da culpa:

a) Voluntariedade do comportamento do agente – [...] se houver, também, vontade direcionada à consecução do resultado proposto, a situação reveste-se de maior gravidade, caracterizando o dolo [...] escopo do agente voltado à realização de um prejuízo. Na culpa em sentido estrito, por sua vez, sob qualquer de suas formas de manifestação (negligência, imprudência e imperícia), o dano resulta da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha a vontade posicionada no sentido da realização do dano;

b) Previsibilidade – só se pode apontar culpa se o prejuízo causado, vedado pelo direito, era previsível. Escapando-se do campo da previsibilidade, ingressamos na seara do fortuito que, inclusive, pode interferir no nexo de causalidade, eximindo o agente da obrigação de indenizar;

c) Violação de um dever de cuidado – a culpa implica a violação de um dever de cuidado. Se esta inobservância é intencional, como visto, temos o dolo.

Contudo casos há em que a responsabilidade civil terá como fundamento o risco. Nesses casos, "todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade [...]" (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152).

Discorrendo acerca da teoria do risco, conta Facchini Neto (*Apud* STOCO, 2013, p. 213) que,

Até o final do século XIX o sistema da culpa (modelo subjetivo) funcionara satisfatoriamente. Os efeitos da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana romperam o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma 'culpa' na origem do dano. Daí o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização.

Desse modo, “o próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável” (STOCO, 2013, p. 213).

O Código Civil em vigor estabelece duas hipóteses de responsabilidade civil fundada no risco: a) quando houver previsão expressa em lei; b) nos casos de atividades que implicam em riscos para os direitos de outrem. Eis o parágrafo único, do supratranscrito art. 927 do CC/02:

Art. 927. *Omissis.*

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, inovou o CDC – que é anterior, inclusive, ao CC/02 – ao estabelecer expressamente a responsabilidade dos fornecedores de produtos (menos o comerciante) e serviços fundada no risco do empreendimento (atividade empresarial) (GARCIA, 2013, p. 108). *In Verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores [...];

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 risco.

Diante dessa dicotomia entre culpa e risco, como fundamentos da responsabilidade civil, arremata Cretella Junior (1991, *Apud* CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152) afirmando que “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva. O risco [...] impessoal e objetivo”.

2.3 Espécies

Segundo a doutrina, a responsabilidade civil poderá ser classificada quanto ao seu fundamento e quanto ao seu fato gerador.

Com relação ao primeiro critério a responsabilidade civil é dividida em subjetiva e objetiva. Quanto ao segundo critério, ela pode ser dividida em contratual e extracontratual.

2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva

Na responsabilidade subjetiva a ideia central é a culpa (OLIVEIRA, 2005, p. 100). O fundamento é a conduta culposa *lato sensu*, que envolve culpa *stricto sensu*, isto é, negligência, imprudência e imperícia, e o dolo (SANTOS, 2012).

Como ensina Bittar (*Apud* QUEIROGA, 2003, p. 10), na responsabilidade subjetiva, “cabe perfazer-se a perquirição da subjetividade do causador do dano, a fim de demonstrar, em concreto, se quis o resultado (dolo) ou se atuou com imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito)”.

Como considerado linhas atrás, os Arts. 186 e 927 do CC/02 “adotam como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão que causa um dano, ligados pelo vínculo denominado nexos de causalidade, deve restar comprovada a culpa em sentido lato” (NOVAES, 2012).

2.3.2 Responsabilidade objetiva

Nada obstante a regra em nosso ordenamento jurídico, observam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 14) que “hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva”. Portanto, haverá a necessidade de se demonstrar apenas o nexos causal entre a ação ou omissão e o resultado (QUEIROGA, 2003, p. 11), abstraindo-se, pois, a ideia de culpa para que se configure a responsabilidade civil objetiva (OLIVEIRA, 2008).

Cumprido ressaltar, nesse ponto, que para alguns doutrinadores a responsabilidade objetiva não pode ser confundida com a teoria do risco. Contudo, autores como Sílvio Rodrigues asseveram que ambas são praticamente sinônimas,

e que a teoria objetiva seria um aperfeiçoamento da teoria do risco (OLIVEIRA, 2005, p. 102).

De fato, conforme se depreende dos próprios fundamentos em favor da teoria objetiva apresentados pioneiramente por Lima (1960 *Apud* OLIVEIRA, 2005, p. 102-103), difícil dissociá-la da teoria do risco, senão veja-se:

Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que *les faiseurs d'actes*, nas múltiplas atividades, são os criadores de risco, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores os proveitos, ou pelo menos agem consegui-lo, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem o ônus, que respondam pelos riscos disseminados. Não é justo, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.

Como já discorrido, o parágrafo primeiro, do Art. 927 do novo Código Civil, estabelece apenas duas hipóteses de responsabilidade objetiva: a) quando houver previsão expressa em lei; b) nos casos de atividades criadoras de riscos para os direitos de outrem.

Importante ressaltar que o CDC, tendo como plano de fundo os fundamentos acima, estabeleceu, como regra, a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, com base na teoria do risco da atividade empresarial. A legislação consumerista dispensa, desse modo, a comprovação da culpa para atrair a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços (NOVAES, 2012).

Assim sendo, como atualmente quase tudo envolve relações de consumo, não seria exagero afirmar que a responsabilidade objetiva, com o advento do CDC, passou a ter maior abrangência do que a própria responsabilidade subjetiva, que é a regra em nosso Ordenamento positivo. Não seria demasiado, ainda, afirmar que responsabilidade civil está, hoje, dividida em duas frentes: responsabilidade tradicional e responsabilidade nas relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

2.3.3 Responsabilidade contratual

Do conceito de responsabilidade civil se extrai que a responsabilidade contratual se origina no descumprimento (inadimplemento ou mora) de uma obrigação estabelecida em contrato anteriormente celebrado, isto é, em ilícito

contratual (SILVA, 2002). É imprescindível, pois, uma relação jurídica obrigacional preexistente para que haja responsabilidade contratual, de modo que descumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, nos termos do art. 389 do CC/02 (UEDA, 2012):

"Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e correção monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios" (BRASIL, 2002).

Impende salientar que, na responsabilidade contratual, haverá presunção de culpa do devedor da obrigação (contratado) ante o inadimplemento do contrato. Em outras palavras: ao credor da obrigação (contratante) incumbirá demonstrar o inadimplemento, enquanto que ao contratado haverá o ônus de provar a inexistência de sua culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar, qual seja: caso fortuito ou força maior, nos termos do Art. 393 do CC/02 (BRANDÃO, 2011).

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

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível impedir.

2.3.4 Responsabilidade extracontratual

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, tem origem em inadimplemento normativo, isto é, em violação de dever estabelecido em algum princípio geral do direito (*neminem laedere*). Nessa espécie, não há vínculo anterior entre as partes, de sorte que elas não estavam ligadas por uma relação obrigacional preexistente (SANTIAGO, 2009).

Ao contrário do que ocorre na responsabilidade contratual, aqui, o ônus da prova caberá à vítima, que deverá juntar provas e demonstrar a culpa do agente (BRANDÃO, 2011).

Por fim, cumpre destacar que o CDC adotou a teoria unitária da responsabilidade, superando tal dicotomia (contratual e extracontratual) no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, independentemente de vínculo contratual preexistente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17). Portanto, para o Direito do Consumidor pouco importa a distinção entre responsabilidade contratual e

extracontratual, pois o fundamento da responsabilidade nos acidentes de consumo é a violação do dever de segurança, que está ínsito no risco da atividade (GARCIA, 2013, p. 107).

Destarte, após abordar os aspectos gerais da responsabilidade civil, no capítulo que segue será analisada a responsabilidade civil dos médicos, levando-se em consideração as peculiaridades dos serviços prestados por esses profissionais, bem como as disposições constantes no CDC e no CC/02.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

3.1 Relevância

De acordo com Pereira (1995, p. 30), “a saúde pode ser definida como ausência de doença e a doença, inversamente, conceituada como falta ou perturbação da saúde”. Essa concepção, embora simples, é muito utilizada. Existem, porém, concepções mais bem elaboradas que a de “simples ausência de doença”. Segundo conceituação clássica da Organização Mundial da Saúde (OMS), adotada em sua Constituição de 1948, “saúde é um complexo de bem-estar físico, mental e social, e não meramente ausência de doença”.

Nessa senda, incumbe ao médico atuar no sentido de promover, prevenir e reabilitar a saúde dos indivíduos e da coletividade, atuando com o maior zelo possível e sem discriminação de qualquer natureza ³.

Nada obstante essa incumbência, adverte Kfourí Neto (2013, p. 234) que “os serviços prestados pelos médicos têm natureza especialíssima”. E prossegue: “Viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa esses riscos” ⁴.

Por essa razão, os aspectos que envolvem a arte de curar deverão ser estudados com a devida cautela, mormente em virtude de que “a área da saúde é aquela em que se verifica a maior evolução quantitativa e qualitativa na responsabilidade civil nos últimos anos” (GODOY, 2009, p. 4).

A título de ilustração, observa Maranhão (2009, p. 37) que, segundo estimativas, as demandas envolvendo a responsabilização civil destes profissionais aumentaram mais de 200% nos últimos anos em nosso país. De fato, não restam

³ A Lei 12.842, de 10 de junho de 2013, dispõe sobre o exercício da medicina, *in verbis*:

Art. 1º O exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei.

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

I – a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;

II – a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

III – a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

⁴ Miguel Kfourí Neto faz essa advertência após analisar a preocupação de doutrina alienígena acerca da substituição da doutrina da responsabilidade civil pela seguridade social e seguros, que segundo o autor conduzirá à “socialização” da responsabilidade, afastando por inteiro a noção de culpa, sustentáculo da doutrina clássica.

dúvidas de que “uma infinidade de denúncias de má-prática com relação aos médicos são a cada dia formalizadas” (RIBEIRO, 2013, p. 35).

Portanto, se

Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais [...] **quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais** [...] (KIFOURI NETO, 2013, p. 56) (Grifo nosso).

No entanto, não é possível associar, *a priori*, o aumento dessas demandas com o aumento do número de “erros médicos” (MINOSSI, 2012). Mesmo porque grande parte dessas ações são julgadas improcedentes –“menciona-se que cerca de 80% dessas ações são julgadas improcedentes” (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 69). Ademais, esse fenômeno pode, ainda, ser atribuído ao maior esclarecimento dos pacientes acerca de seus direitos (KFOURI NETO, 2013).

Feitas essas ponderações, frise-se que a responsabilidade civil nos serviços médicos deverá ser analisada com parcimônia, tendo como plano de fundo a distinção entre seus pressupostos e fundamentos, os riscos inerentes da atividade, a teoria da obrigação, a dificuldade da prova da culpa, o direito de informação do paciente e o consentimento informado, bem como os riscos da inversão automática do ônus da prova.

3.2 Pressupostos e fundamentos jurídicos

3.2.1 Pressupostos do dever de indenizar o paciente

Os pressupostos da responsabilidade civil do médico, como não poderia deixar de ser, são os mesmos presentes em todos os casos de responsabilidade civil. Deverão ser feitas, contudo, as devidas ponderações em virtude da peculiaridade da atividade desenvolvida por esses profissionais.

Sendo assim, o primeiro pressuposto da responsabilidade médica é a conduta consciente do profissional da medicina direcionado ao paciente, prescrevendo medicamentos, realizando cirurgias etc. Mas para que exista o dever de reparar, como visto, é necessário um dano, seja de ordem patrimonial, ou de ordem extrapatrimonial. Portanto, o segundo pressuposto na responsabilidade

médica é o dano (GODOY, 2009, p. 12). Esclarece Kfoury Neto (2013, p. 124-125) que a responsabilidade médico-hospitalar tem origem, em sua maioria, em um dano físico – lesão corporal ou morte – sofrido pelo paciente, do qual advém danos materiais, morais ou estéticos. Tais danos, contudo, devem ter sido provocados pela conduta do esculápio. Segundo Godoy (2009, p. 12), “o pressuposto mais tormentoso na área da saúde é o nexa causal”. E acrescenta: “Afinal, a primeira indagação que surge é a seguinte: a morte ou a lesão corporal decorreu da conduta médica, hospitalar, laboratorial ou das condições específicas do paciente?”

Por isso, Costales (1987, *Apud* KFOURI NETO, 2013, p. 131) observa que “em muitas ocasiões se manifesta de forma nítida; em várias outras, torna-se muito difícil estabelecer o nexa causal entre o ato médico e o dano”.

Por essa razão, conclui Couto Filho e Souza (2010, p. 27-28) que “o fato de existir lesão ou seqüela num paciente após ter se submetido a um tratamento médico, terapêutico ou cirúrgico, não significa que tal lesão seja oriunda do profissional médico”⁵.

3.2.2 Fundamento do dever de indenizar o paciente

Uma vez demonstrada a presença dos pressupostos, faz-se necessário verificar o fundamento da responsabilidade civil do médico.

Como visto, o CDC, em vigor desde 11.03.1991, estabelece que o fornecedor de serviços responde independentemente de culpa por defeitos relativos à prestação dos serviços e que causem danos aos consumidores. Contudo, o mesmo diploma prevê uma única exceção à responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços: os serviços prestados por profissionais liberais – como é o caso dos profissionais da medicina. Para eles, manteve o sistema tradicional baseado na culpa (CARVALHO, 2009, p. 80).

"Art 14. *Omissis*.

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

Na mesma esteira, o CC/02, em seu Art. 951, determina a aplicação dos arts. 948, 949 e 950 do mesmo diploma nos casos em que o médico por negligência,

⁵ Conforme será visto, fatores aleatórios que fogem a capacidade do médico podem ser determinantes no sucesso da terapia ou da cirurgia.

imprudência e imperícia causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 951. O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência e imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002)⁶.

Todavia, cumpre ressaltar, por oportuno, que a Doutrina se divide quanto à aplicação da legislação consumerista nos serviços médicos: uns entendem que a relação entre médico e paciente é uma relação de consumo; enquanto outros defendem que o CDC não se aplica aos serviços médicos.

Para Carvalho (2009, p. 81), “a prestação de serviços médicos e hospitalares se encontra submetida ao Código de Defesa do Consumidor. [...] todo aquele que se utiliza dos serviços e produtos médicos como destinatário final é consumidor”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sufraga tal entendimento, admitindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços médicos, como revela Calado (2009, p. 34-35):

Atualmente, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a relação médico-paciente se configura como relação de consumo e, por ilação, clara é a aplicação da regra contida no §4º do art. 14 do CDC [...] assim, nas relações médico-paciente em geral inexistem questões de alta indagação a merecer aprofundado estudo no tocante a responsabilidade subjetiva (Grifo nosso).

Nada obstante, Lobato Gómez (2004) apresenta argumentos consistentes, contrários à aplicação do CDC nos serviços médicos. Para ele,

[...] o CDC não possui norma própria, tampouco qualquer referência expressa aos serviços médicos e hospitalares [...] também o art. 14, §4º, do CDC, ao dispor que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’, representa uma **exclusão da responsabilidade destes profissionais do âmbito da legislação consumerista**⁷ (Grifo nosso).

⁶No caso de morte do paciente, a indenização consistirá no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, luto da família e prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, nos termos do art. 948 do CC/02. Se ocorrer lesão corporal (violação à integridade física), o art. 949 impõe o pagamento das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença. Por fim, de acordo com o art. 950, se a ofensa à integridade física elidir ou diminuir a capacidade laboral do ofendido, além das despesas e dos lucros cessante, o agente deverá carcar com o pagamento de pensão correspondente à vítima.

⁷Entende o professor da Universidade de León e da Pós-Graduação em Direito da UFRGS que o CDC é regido pelo sistema da responsabilidade objetiva e, ao estabelecer que a responsabilidade dos profissionais liberais, será apurada mediante a verificação da culpa. Retirou da disciplina do CDC os serviços médicos, que seriam regidos exclusivamente pelo Código Civil, pois possui regulamentação específica sobre a matéria.

Kfouri Neto (2010, p. 35-42) segue a mesma linha argumentativa, não admitindo a incidência do CDC nos serviços médicos propriamente ditos, embora admita sua aplicação no que se refere à atividade empresarial do hospital⁸.

Nade obstante, seja sob a égide do CC/02, seja do CDC, a responsabilidade civil do médico tem como fundamento a culpa (*lato sensu*), de modo que este profissional só responderá pelos danos causados ao paciente se ficar provado – além do nexo causal – que atuou com a intenção de causá-los (dolo) ou que procedeu de forma negligente, imprudente e/ou imperita (culpa em sentido estrito).

Os casos mais comuns de responsabilidade civil dos profissionais da Medicina derivam do denominado “erro médico”. Consoante Moraes (2003, p. 426), “erro médico é a falha do médico no exercício da profissão”, isto é, “quando, por parte do procedimento ou da conduta médica, tipifica-se um nexo de causa e efeito com a ocorrência das três tradicionais modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia” (PITREZ, 2012).

Kfouri Neto (2013, p. 104-116) discorre acerca dos casos de negligência, imprudência e imperícia médica. A saber:

A **negligência médica** caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. Abandono de doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confinado na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega) [...].

Na **imprudência**, há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar da cautela. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulância sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos.

É a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo técnico (**imperícia**). (Grifo nosso).

Com base nesse cenário, arremata Coltri (2013, p. 31): “para que o médico seja condenado a indenizar o paciente, necessária se faz a presença concomitante dos três pressupostos da responsabilidade civil: conduta ‘incorreta’, dano e nexo causal [...]”. E prossegue:

⁸ Kfouri Neto, com fundamento na doutrina do espanhol Fernandez Hierro, que distingue a responsabilidade do hospital derivada de atos extramédicos, atos paramédicos e atos essencialmente médicos, entende que o CDC não se aplica nesse último caso.

Para que a ação civil seja julgada procedente, imperiosa a constatação de uma conduta culposa do médico, sendo, portanto, **a culpa**, em qualquer de suas espécies (imprudência, imperícia e negligência), o **fundamento da responsabilidade civil do médico** (Grifo nosso).

3.3 Fatores aleatórios, indissociáveis da prática médica: o risco inerente da atividade

“O corpo humano não é um ciência exata” (RIBEIRO, 2013, 35). Esse deve ser o ponto de partida em todos os casos em que se analisa um suposto “erro médico”. Isso em razão de que “o organismo humano ainda é um complexo bastante misterioso, apesar de todo avanço científico” (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p.24).

Nada obstante, imbuídos pelo sentimento de não haver dano sem reparação (SANTOS, 2012),

[...] juristas, mídia e opinião pública vêm direcionando a evolução das doenças a resultados obrigatórios de sucesso e, até prova em contrário, mortes, sequelas de doenças, diagnósticos dificultados por evoluções atípicas, efeitos insuficientes ou indesejáveis de medicamentos tem sido atribuídos a erro médico com muita frequência. [...] a cobrança pela obrigação de resultado tem sido cada vez mais ávida (COSAC, 2013, p. 37).

Contudo, Ribeiro (2013, p. 35) rebate essa tendência com simples proposições: “é público e notório que o exercício da Medicina é atividade constantemente sujeita ao risco”.

Enérgico, nesse ponto, Kfoury Neto (2010, p. 43) repele tais presunções de culpa médica nos casos de insucesso na cirurgia ou no tratamento do paciente, pois “[...] quando se trata de saúde do ser humano, nunca se poderá afirmar, “*a priori*”, que a não obtenção da cura é imputável ao ato médico”. Sendo ainda mais incisivo, assevera que “em nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que fogem por inteiro ao controle quanto na Medicina. Esta é a realidade que não pode ser desconsiderada pelo Direito”.

Kfoury Neto (2010, p.44) lista ainda alguns desses fatores de forma precisa:

Existem **fatores aleatórios**, inerentes ao próprio paciente ou ao próprio tratamento, que intervêm – e muitas vezes **condicionam o sucesso da terapia, impedem ou retardam a cura e provocam efeitos colaterais indesejáveis**: a) debilidade orgânica; b) predisposição congênita; c) infecções; d) culpa do próprio paciente; e) complexidade do organismo humano; f) efeitos secundários de medicamentos.

Nesse caminhar, diz-se que nem todo resultado ruim para o paciente tem origem na conduta do médico, ou, em havendo nexos causais, em culpa do esculápio. (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 27-28).

Isso porque tais fatores fogem à capacidade do médico e poderão ser determinantes no sucesso ou insucesso da terapia ou da cirurgia, de modo que poderão deflagrar, além da ausência de culpa, a ausência do próprio nexo causal entre o ato médico e o dano causado ao paciente (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 9).

A título de exemplo, citem-se as reações anafiláticas, que constituem um quadro alérgico, efeito colateral do sistema imunológico da pessoa (KFOURI NETO, 2013, p. 186). Por vezes, tais reações não poderão ser sequer previstas. Além disso, “não raro a administração de um mesmo fármaco evolui satisfatoriamente em um organismo e causa efeito colateral em outro” (RIBEIRO, 2013, p. 34-35).

Citem-se, ainda, os casos frequentes de má cicatrização da pele após procedimentos cirúrgicos.

Caso frequente afeito à cirurgia: a quelóide, uma reação adversa na cicatriz após incisão, poderá se desenvolver em função da peculiaridade da pele. Ao suturar a pele, a mesma muda temporariamente de cor e, para reaver a coloração natural, demanda algo em torno de 12 a 18 meses. A qualidade do acabamento da incisão também depende da característica da pele de cada paciente (RIBEIRO, 2013, p. 35).

Em casos como esses, abre-se “um abismo entre o paciente ou sua família e o médico ou a instituição de saúde” (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 22). Como explicar e conformar o paciente e/ou seus familiares de que o “mau resultado” foi causado em razão de um risco inerente ao procedimento realizado? Na realidade, esses riscos estão presentes em todos os tipos de tratamentos, dos mais complexos, aos menos complexos.

Assim, conclui Cosac (2013, p. 36) que

[...] ao profissional ético e bem formado, além de empregar todos os meios ao seu alcance, resta contar com a sorte e, sobretudo, com a reação orgânica sempre positiva de seus pacientes, além da ausência de ambição dos mesmos em não querer, por qualquer motivo, buscar ganhos indenizatórios de profissionais bem intencionados.

3.4 A Teoria do resultado e o ônus da prova

“Hoje já não pairam dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica” (GONÇALVEZ, 2012, p. 330). Porém, como lembra Kfourir Neto (2013, p. 83): “é claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado no meio da rua, v.g”. E acrescenta: “a obrigação de reparar o dano [...] sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele”.

No entanto, essa distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual (aquiliana) nos serviços médicos “mostra-se despicienda” (STOCO, 2013, p. 742). Isso porque, ao assistir o cliente, como regra, haja ou não relação contratual, o médico assumirá obrigação de meio, e não de resultado (KFOURI NETO, 2013, p. 84).

Nessa senda, conforme ensina Garcia (2013, p. 129-130),

[...] a **obrigação de meio** é aquela em que o profissional se obriga a empenhar todos os esforços possíveis para a prestação de determinados serviços, não existindo qualquer compromisso com a obtenção de um resultado específico. [...] Já a **obrigação de resultado** é aquela que o profissional garante a consecução de um resultado final específico [...].
(grifo nosso)

Idealizador dessa teoria, Demogue (*Apud* STOCO, 2013, p. 229), esclarece que o efeito de ordem prática dessa classificação especial das obrigações “está no estabelecer a quem incumbe o ônus da prova quando essa obrigação for de meio ou quando for de resultado”.

Quando a obrigação for de meio, o ônus de provar a culpa pela falha no serviço prestado incumbirá ao credor da obrigação. Por outro lado, nas obrigações de resultado a culpa será presumida, invertendo-se o ônus da prova. Assim, incumbirá ao devedor da obrigação demonstrar que não agiu com culpa, ou que não alcançou o resultado esperado em razão de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (STOCO, 2013, 229).

Disso se extrai que, nos termos da teoria em comento, seja nas obrigações de meios, sejam como nas de resultado, a responsabilidade será subjetiva, apenas com a inversão do ônus da prova nesse último caso.

Atualmente, a Doutrina vem indicando que “a medicina é, por excelência, uma atividade profissional marcada pelo compromisso de meios” (GOMES, 2009, p. 28). Nesse sentido, conforme ensina Pioli (2013, p. 39), o médico “não se obriga a curar o paciente, mas a empregar com zelo, diligência e cuidado suas técnicas e conhecimento durante o tratamento”. E nem poderia o médico se obrigar com um resultado específico, ante a existência de fatores aleatórios à sua capacidade que podem determinar o sucesso ou insucesso da intervenção.

Nesse passo, Miragem (2007, p. 54) ressalta que

[...] não haveria comprometimento do médico (devedor da prestação) com a obtenção do interesse específico do paciente (credor da prestação), o que, se exigível, conduziria à improvável situação de que, na ausência de cura da enfermidade ou com a morte do paciente, estaria caracterizado o inadimplemento.

Sendo assim, mesmo estando diante de uma relação contratual, não haverá presunção de culpa na responsabilidade médica ante o insucesso do tratamento ou da cirurgia (KFOURI NETO, 2013, p. 84).

Nada obstante, é entendimento dominante que o médico assumirá obrigação de resultado em certos procedimentos, a exemplo do que ocorre na cirurgia plástica embelezadora. Nesses casos, não atingindo o resultado esperado, presume-se que o médico teve culpa, de modo que sobre ele recairá o ônus da prova – de provar que não agiu com culpa ou caso fortuito/força maior.

O Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento de que a responsabilidade na cirurgia estética era objetiva, “devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade” (STJ, 3ª T., REsp 81101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ 31.05.1999) (BRASIL, 1999).

Entretanto, recentemente em vários julgados, o STJ, aplicando corretamente a teoria do resultado, vem entendendo que mesmo “[...] nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional de medicina permanece subjetiva” (STJ, 3ª T., REsp 1180815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/08/2010) (BRASIL, 2010b). “A obrigação de resultado não priva ao médico a possibilidade de demonstrar, por meio de provas admissíveis, que o efeito danoso ocorreu, como, por exemplo, força maior, caso fortuito, ou mesmo culpa exclusiva da vítima” (STJ, 4ª T., REsp 236.708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz

convocado do TRF da 1ª Região –, j. 10/02/2009) (BRASIL, 2009).

Em consonância com o entendimento jurisprudencial esposado, ressalta Garcia (2013, p. 131):

O que o legislador fez foi excepcionar a regra da responsabilidade objetiva, imputando aos profissionais liberais a responsabilidade subjetiva (com culpa!). Assim, não haveria como imputar responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, mesmo na obrigação de resultado, pois a norma não autoriza tal interpretação. **O que pode acarretar na obrigação de resultado é a inversão do ônus da prova quanto à culpa, ou seja, haveria o que chamamos de culpa presumida [...].** (Grifo nosso)

Urge destacar, nesse ponto, a observação de Cosac (2013, p. 37), no sentido de que corrente minoritária capitaneada por Rui Rosado Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito sustenta com argumentações consistentes ser a atividade do cirurgião plástico – mesmo em procedimento estético – uma obrigação de meios. Isso em razão de que ela se “sujeita aos mesmos imprevistos e insucessos” que as outras cirurgias, “não sendo possível ao médico comprometer-se a resultados diante da diversidade de organismos, reações e complexidade da fisiologia humana”.

Com fundamento nessas considerações, Stoco (2013, p. 230-231) chega às seguintes conclusões acerca da teoria em comento:

A primeira conclusão é no sentido de que **a teoria do resultado não rompe com a teoria da culpa.** [...] A segunda conclusão é de que a teoria do resultado [...] **é inerente a responsabilidade contratual.** [...] A terceira conclusão que se extrai é de que [...] com relação aos prestadores de serviços, o Código de Defesa do Consumidor rompeu, em parte, com a teoria do resultado, exceto, porém, **com relação aos profissionais liberais e os hospitais**, em que **a teoria mantém eficácia plena**, harmonizando-se com a disposição contida no seu art. 14, §4º. (Grifo nosso)

3.5 A prova do erro médico

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 373), “toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*)”. Como o juiz não estava presente no momento em que esses fatos ocorreram – nem poderia, pois estaria impedido de julgar (MENDONÇA, 2013) –, caberá ao magistrado “a reconstrução dos fatos a ele narrados [...] capacitando-o a ter ‘certeza’ sobre os eventos ocorridos, permitindo-lhe a exercer sua função” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 251 e 263).

Por sua vez, a reconstrução dos fatos é feita através de provas, que influirão na convicção do julgador sobre os fatos alegados (SALAMANCHA, 2013). Nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, todos os meios legais, e os moralmente legítimos são admissíveis para provar a verdade dos fatos⁹. Contudo, observa Petrov (2008 *Apud* Kfourri Neto, 2010, p. 42) que “provar a existência da culpa médica é sempre tarefa difícil: a Medicina é ciência complexa, com resultados aleatórios”.

Cavaliere Filho (2012, p. 404) aponta alguns fatores pelos quais, em sua avaliação, a culpa médica, embora imprescindível – pois a responsabilidade do médico é subjetiva –, é tarefa deverás difícil de ser provada:

Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. **Em segundo lugar** porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. (Grifo nosso).

Ademais, tênue é a linha que separa o “mau resultado” provocado por “erro médico” do “mau resultado” provocado por fatores aleatórios à capacidade do profissional da medicina. Frise-se: “Afinal, a primeira indagação que surge é a seguinte: a morte ou a lesão corporal decorreu da conduta médica, hospitalar, laboratorial ou das condições específicas do paciente?” (GODOY, 2009, p. 12).

Perfeita, nesse sentido, a observação de Grecco e Oliveira (2008, p. 51), para quem “o erro médico apresenta-se aos operadores do direito não somente como uma realidade de difícil definição, mas, ao mesmo tempo, como um fato que para ser provado requer uma difícil empreitada”.

Casos existem em que não restará claro se a morte ou a lesão do paciente foi provocada por fatores alheios a conduta ou a capacidade do médico, ou se decorreu de culpa do profissional da medicina, isto é, de “erro médico”.

Portanto, repousará nas mãos do julgador encontrar o ponto justo entre as alegações do paciente e as alegações do médico (SALAMANCHA, 2013). Para isso, ele “se valerá [...] de tudo quanto as partes trouxerem aos autos e das

⁹ Art. 332, CPC: Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis a provar a verdade dos fatos

informações que o próprio juízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos” (KFOURI NETO, 2013, p. 99).

Com relação à prova técnica, “é certo que o juiz não está adstrito à perícia, mas é certo, também, que dificilmente encontrará nos autos provas suficientes para responsabilizar o médico” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 404). Em razão disso, na mesma proporção que cresce o número de ações contra médicos, “cresce em importância a ação pericial do médico [...] junto à autoridade judicial [...]” (GOMES, 2009, p. 29), funcionando o perito como verdadeira “*longa manus* do Estado-Juiz” (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 33).

Entretanto, “a prova pericial deve ser analisada com prudência, pelo fato de existir possibilidade de o perito inclinar-se a favorecer o colega de profissão”. Ademais, “há os peritos mal preparados que proferem laudos equivocados” (SOUZA; PEREZ, 2008).

Outro instrumento de prova ímpar numa ação civil por “erro médico” é o prontuário, que contém o histórico das ações praticadas pelo médico, além de outras informações referentes à saúde do paciente e à assistência a ele prestada¹⁰. “O prontuário médico corretamente preenchido, pode se transformar em importante instrumento de prova no caso de erro médico” (CARVALHO, 2009, p. 129), de modo a “inocentar ou, com o desencadear do processo, apenar o profissional médico” (RIBEIRO, 2013, p. 35).

A partir desse documento, o juiz poderá verificar – sempre por meio do auxílio de uma *expert* – se o esculápio procedeu da maneira recomendável pela ciência médica, bem como se outros profissionais, em iguais condições, procederiam da mesma forma.

Nada obstante, observa Kfourri Neto (2013, p. 100-101): “prova cabal, irrefutável de questionamento por peritos médicos, é de difícil obtenção, nessa matéria”. E pondera: “Nem se adotar a teoria do risco, a responsabilidade objetivo – o que seria injusto para com os médicos –, nem se exigir prova inquestionável – injustiça inda maior para as vítimas”.

¹⁰ Na Resolução nº 1638/2002, o Conselho Federal de Medicina definiu prontuário médico “como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo” (Art. 1º).

3.6 Dever de informação e o consentimento esclarecido

Conforme assentado anteriormente, o médico não responde pelo “mau resultado” do tratamento ou da cirurgia do paciente se não agiu com culpa. Contudo, “embora médicos e hospitais, em princípio, não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 412).

Isso porque o direito à informação é um direito básico do consumidor, devendo ser prestado pelo fornecedor do produto ou dos serviços, na forma da legislação consumerista, *In Verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como **sobre os riscos que apresentam**; (BRASIL, 1990) (Grifo nosso)

Ainda que se entenda que as relações entre médico e paciente não se aplicam ao CDC, não se poderá negar o dever de informação. Tal é consectário do princípio da boa-fé objetiva, que permeia todos os contratos¹¹ – dentre eles, o contrato de prestação de serviços médicos –, e cria para os contratantes, além da obrigação principal, deveres laterais ou anexos, implícitos na relação contratual, como é o caso do dever de informação (VELTEN, 2008).

A função integrativa (do princípio da boa-fé objetiva) insere novos deveres para as partes [...], pois além da verificação da obrigação principal, surgem novas condutas a serem também observadas. São os assim denominados deveres anexos ou deveres laterais pela doutrina e jurisprudência. A violação a qualquer dos deveres implica em inadimplemento contratual. (GARCIA, 2013, p. 60).

Sendo assim, conclui Stoco (2013, p. 772): “Pode-se afirmar que ao paciente é atualmente reconhecido o direito à informação. **Mas informação plena e total, sem rebuços ou tergiversações**” (Grifo nosso).

Essa advertência final se explica. Sendo certo que toda atividade médica, mesmo as intervenções mais simples, envolverá riscos à integridade física e/ou à

¹¹ Art. 422 do CC/02. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

vida, ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica ¹². Para tanto, deverá o facultativo ou a casa de saúde obter o consentimento do paciente. Contudo “[...] **o paciente, para emitir um consentimento realmente livre, deve ter sido suficientemente esclarecido**” (STOCO, 2013, p. 772) (Grifo nosso).

Destarte, segundo Dias (1996, *Apud* CARVALHO, 2009, p. 112):

O princípio do consentimento esclarecido significa que o médico deve dar ao doente suficiente informação – de modo compreensível e leal – sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos e efeitos colaterais daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, o porquê o tratamento escolhido, e, por fim, quais os riscos pelo fato de não ser efetuado qualquer tratamento.

Portanto, somente após esses esclarecimentos é que o indivíduo poderá formar sua convicção e consentir, ou não, em se submeter ao tratamento proposto (CAVALIERI FILHO, 2012). Assim, em resumo: “o dever de informar está para evitar-se vícios de consentimento e garantir a vida plena do contrato” (TADEU, 2006, p. 269).

Kfourri Neto (2013, p. 46) observa que “nos dias atuais, as ocorrências associadas ao consentimento informado têm assumido grande importância, no contexto da responsabilidade civil do médico”. E acrescenta: “Não será demais afirmar que, em breve, será este o ponto crucial das discussões acerca do tema”. Cavaliere Filho (2012, p. 411) vai além e afirma que “é o consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente”.

Clotet, Goldin e Francisconi (2000, *Apud* KFOURI NETO, 2013, p. 47) mencionam que a primeira referência a consentimento e informação data de 1767, senão confira-se:

Na Inglaterra, um paciente, Sr. Slater, procurou Dr. Baker, que atuava junto com o Dr. Stapleton, para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos, sem consultar o paciente, ao retirarem a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositadamente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente foi à Justiça acusando os médicos de terem provocado por ignorância e imperícia nova fratura, causando danos desnecessários, além de não o terem informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. Com o objetivo de esclarecer detalhes do caso, foram utilizadas testemunhas peritas, ou seja,

¹² Art. 15 do CC/02. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

outros médicos reconhecidamente competentes nesta área para darem sua opinião sobre o ocorrido. Os dois médicos que testemunharam como peritos foram unânimes em afirmar que o equipamento utilizado não era de uso corrente, que somente seria necessário refraturar uma lesão óssea no caso de estar sendo muito mal consolidada, e, finalmente, que eles somente realizariam uma nova fratura em um paciente que estivesse em um tratamento com o seu consentimento. O paciente alegou, inclusive, que teria protestado quando o procedimento foi realizado, solicitando que o mesmo não fosse levado adiante. **A Corte condenou os médicos por quebra do contrato na relação assistencial com o paciente. [...]. Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de consentimento quanto com a falta de informação.** Vale lembrar que, naquela época, era prática dos cirurgiões informarem o paciente sobre procedimentos que seriam realizados devido à necessidade de sua colaboração durante as cirurgias, pois ainda não havia anestesia. (Grifo nosso)

Apesar do transcurso de alguns séculos entre o episódio transcrito e a realidade atual, a *ratio* do dever de informação e da necessidade do consentimento do paciente permanece o mesmo.

Se o profissional da Medicina não informar adequadamente seu paciente acerca dos possíveis resultados nocivos da intervenção, de modo que ele possa formar sua convicção e consentir, ou não, com tratamento proposto, poderá o esculápio e/ou o hospital para o qual presta serviços serem responsabilizados não por culpa, mas pela ausência do dever de informação (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 25)

Na eventualidade de o dano ter sido causado por culpa do médico, normalmente torna-se irrelevante discutir a qualidade da informação – que é um dever secundário de conduta. Entretanto, quando a intervenção médica é correta – e não se informou adequadamente –, a questão se torna crucial. Poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no cumprimento do dever de informar, ainda que não se possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal. [...]. Exemplifica-se com a cirurgia de hérnia inguinal. Presente risco de necrose do testículo, o cirurgião não transmite tal informação ao paciente. Ocorre a cirurgia, sem falha técnica – e a necrose se verifica. Será imputável ao médico o dano moral (KFOURI NETO, 2013, p. 47).

Assim sendo, consoante Jurisprudência do STJ, “age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva, o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-los acerca de eventuais problemas que possam surgir no pós-operatório” (STJ, REsp 1180815, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/08/2010) (BRASIL, 2010b). “Recomendável, ainda, que toda esta conduta seja por escrito e em papel timbrado, datado e assinado pelo médico, com a cautela adicional de destacar o que não deve ser feito”

(MORAES, 2002 *Apud* SALAMANCHA, 2013, p. 100).

Nada obstante, pondera Dias (1994, *Apud* CARVALHO, 2009, p. 114):

Se bem que a prova do consentimento do paciente esteja, de regra, a cargo do médico, ela se faz, ordinariamente, por presunções, mesmo porque serão excepcionais os casos de contrato médico por escrito. São de levar em conta [...] a correção profissional do médico, sua boa reputação, assim como o fator de haver o cliente ingressado, voluntariamente, na clínica, onde se dispensava determinado tratamento.

Diante dessas peculiaridades que envolvem a arte de curar, passa-se, no capítulo seguinte, ao exame da responsabilidade civil dos hospitais por “erro médico”. No mais das vezes, o alegado “erro médico” ocorre no interior dos nosocômios, motivo pelo qual se tem tornado frequente demandas fundadas em “erro médico” ajuizadas em face dos hospitais. Desse modo, evidencia-se, de plano, a conexão entre reponsabilidade civil do médico e a responsabilidade civil dos hospitais.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO

É nesse ponto que reside grande divergência jurisprudencial e debate doutrinário. A questão é saber a natureza da responsabilidade civil dos hospitais por “erro médico” (KFOURI NETO, 2013)¹³. Conforme observa Calado (2009, p. 34), nesse campo “há um “sem-número de decisões discrepantes, que vão desde aquelas fundamentadas na clássica responsabilidade subjetiva do profissional até as mais inovadoras, que têm por fundamento o risco do negócio, aplicando-se a responsabilidade objetiva”.

Isso porque a legislação consumerista em seu Art. 14, *caput*, com base na teoria do risco da atividade empresarial (empreendimento), estabelece que a responsabilidade dos prestadores de serviços – a exemplo dos hospitais – independe da existência de culpa. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo legal excepciona da regra a responsabilidade dos profissionais liberais – como é o caso dos médicos –, que deve ser apurada mediante a verificação de culpa.

É sob esse enfoque que surge inquietante questão: qual o fundamento da responsabilidade civil dos hospitais nos casos de “erro médico”? A responsabilidade é objetiva, com fulcro no risco da atividade empresarial (empreendimento), ou a responsabilidade é subjetiva, com fundamento na culpa do médico?

4.1 Importância do vínculo entre médico e hospital

Antes de se adentrar a análise do fundamento da responsabilidade civil dos hospitais nos casos de “erro médico”, faz-se necessário estabelecer quando essa responsabilidade pode ser atribuída à casa de saúde, e quando deve ser carregada ao médico, pessoalmente (STOCO, 2013, p. 981). Para tanto, impõe-se examinar a relação entre o médico causador do dano e o hospital onde atua (ou atuou) (KFOURI NETO, 2010, p.103).

Assim, se o médico for vinculado ao hospital por qualquer forma de preposição, atuando mediante vínculo de emprego ou mediante contrato de prestação de serviços, ou ainda como sócio-cotista, a sociedade responderá pelo ato do profissional (STOCO, 2013, p. 981; KFOURI NETO, 2010, p.103).

¹³ Em debate realizado no IV Congresso Brasileiro de Direito Médico.

Isso é o que se verifica nos Arts. 932, III, do CC/02 e 34 do CDC, respectivamente. *In Verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (BRASIL, 2002);

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é **solidariamente responsável** pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (BRASIL, 1990) (Grifo nosso).

De outro giro, se o médico não possuir qualquer vínculo com o nosocômio, não haverá responsabilidade desse último, de modo que a demanda não poderá ser a ele direcionada (GARCIA, 2013, p. 136). É nesse sentido o entendimento do STJ. *Litteris*:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.

I. Restando inequívoco o fato de que o **médico** a quem se imputa o erro profissional **não possuía vínculo com o hospital** onde realizado o procedimento cirúrgico, **não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória**. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008).

II. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 764001 PR 2005/0108623-0, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 04/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2010).(BRASIL, 2010a) (Grifo nosso).

Contudo, Kfoury Neto (2010, p. 108) chama atenção justamente para “caracterização, ou não, do vínculo de preposição, quando o médico, prestador autônomo de serviço, firma com o hospital contrato – tácito ou escrito – de locação de centro cirúrgico”. E conclui:

O juiz deverá investigar se existe algum tipo de subordinação entre o médico e o hospital – e se há uma manobra no sentido de ocultar tal condição. A participação, no ato cirúrgico, de pessoal de enfermagem do próprio hospital; o fato de o médico manter consultório no interior do nosocômio; a participação em escala de plantão, no atendimento de urgência do hospital; a utilização do nome do médico em material de propaganda do hospital – são indícios que devem ser verificados, dentre outros.

Destarte, antes de se analisar a presença dos pressupostos e do fundamento da responsabilidade civil do hospital em face da atuação do médico, faz-se necessário verificar a legitimidade daquele para responder a demanda indenizatória. No precedente citado no acórdão acima, o próprio STJ, em julgamento proferido pela Segunda Seção, antes de analisar a natureza da responsabilidade civil dos hospitais em face da atuação dos médicos – se objetiva ou subjetiva –, fez primeiramente esta importante diferenciação: se o médico causador do dano tem ou não vínculo com o hospital (GARCIA, 2013, p. 135).

4.2 Fundamento

Os estabelecimento hospitalares enquadram-se como fornecedores de serviços e estão submetidos às normas da legislação consumerista (QUEIROGRA, 2003, p. 99). É o que se extrai do Art. 3º do CDC, *ipsis litteris*:

Art. 3º **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º **Serviço** é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990) (Grifo nosso)

Na mesma esteira, o Art. 14, *caput*, do mesmo diploma, estabelece que os fornecedores de serviços respondem independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços (fato do serviço). Eis o dispositivo em análise:

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

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido (BRASIL, 1990) (Grifo nosso)

Assim, observa Godoy (2009, p. 14) que “quanto [...] às pessoas jurídicas que atuam na área da saúde, numa primeira vista, aplica-se a responsabilidade objetiva em razão da previsão legal específica [...]”. E prossegue na análise do enunciado supra, ressaltando que,

[...] num passar de olhos, leva a conclusão de que a responsabilidade civil daquelas pessoas jurídicas fundamenta-se sempre no risco, sem que se cogite da vontade subjetiva do agente, bastando a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano (GODOY, 2009, p. 14) (Grifo nosso).

Contudo, lembra o próprio Godoy (2009, p. 14) que em relação à responsabilidade dos profissionais da medicina não há norma específica imputando a responsabilidade “independentemente de culpa”. Pelo contrário, como visto no capítulo anterior, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, como é o caso dos médicos, constitui exceção à responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, e será apurada mediante a verificação de culpa, conforme o §4º do dispositivo em comento. *In Verbis*:

"Art. 14. *Omissis*.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". (GODOY, 2009, p. 14).

Assim, Maranhão (2009, p. 38) entende que, por óbvio, a responsabilidade dos hospitais, por atos ilícitos que teriam sido praticados por seus médicos, seguirá o mesmo regramento, de sorte que deverá ser apurada mediante a verificação de negligência, imprudência ou imperícia do profissional da medicina.

Na mesma esteira, segundo Calado (2009, p. 35),

No tocante à responsabilidade hospitalar, **há que distinguir** inicialmente **se o objeto controverso da demanda é a responsabilidade hospitalar pelo fato do serviço prestado pelo médico (atividade médica em si) ou a responsabilidade hospitalar pelo fato da internação (atividade empresarial)**. No primeiro caso, estar-se-á diante de responsabilidade subjetiva e, no segundo, de responsabilidade objetiva. (Grifo nosso)

Com supedâneo na doutrina de Fernández Hierro, Kfoury Neto (2010, p. 36-42) distingue a responsabilidade dos hospitais derivada de: a) atos extramédicos; b) atos paramédicos e; c) atos essencialmente médicos. Os primeiros são aqueles ligados aos serviços de hotelaria, v.g., serviços de alojamento, alimentação, instalações, deslocamento do doente nas dependências do hospital, manutenção e

funcionamento regular dos equipamentos e etc., que são desempenhados por pessoal auxiliar, sob as ordens da administração do hospital. Os atos extramédicos, por sua vez, são praticados pela enfermagem e outros profissionais da saúde, auxiliares ou colaboradores, que executam ordens do médico. Por fim, os “atos essencialmente médicos”, praticados exclusivamente pelos profissionais da medicina (serviços técnico-profissionais dos médicos).

Feita essa distinção, Kfourri Neto (2010, p. 36-42) conclui que a responsabilidade dos hospitais quanto aos atos “extramédicos” e “paramédicos” é objetiva e independe, pois, da verificação de culpa. De outro giro, quanto aos “atos essencialmente médicos” [...] responderá o hospital, solidariamente, mediante comprovada imperícia, imprudência ou negligência do profissional da medicina”.

[...] não se pode dar guarida à tese [...] de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte do paciente (STJ – REsp nº 258.389-SP, Rel. Min FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16.06.05, DJ 22.08.05). (KFOURI NETO, 2010, p. 36-42)

Em sentido oposto, Benjamim (1991 *Apud* KFOURI NETO, p. 232-233) entende que a responsabilidade dos hospitais é sempre objetiva. O paciente demandaria a reparação em face do estabelecimento apenas demonstrando a efetiva ocorrência do dano, incumbindo ao hospital provar que não houve defeito na prestação dos serviços, ou culpa exclusiva do próprio paciente ou de terceiro, como único modo de se exonerar do encargo, nos termos do Art. 14, §3º, do CDC. *In Verbis*:

Art. 14. *Omissis*.

[...]

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1990).

Na mesma esteira, Carvalho (2009, p. 79-80) entende que “apesar de não exigido do hospedeiro o dever de curar, a responsabilidade da instituição hospitalar, como prestadora de serviços, é objetiva, independentemente, pois, da aferição de culpa”. E fundamenta:

Todo aquele que, ao buscar um lucro ou obter uma satisfação, cria um risco, acarretando, com isso, um prejuízo, deve sofrer as consequências de seus atos, ou seja, quem, por sua atividade ou profissão, provocar dano a alguém assume a obrigação de repará-lo, ainda que não haja, de sua parte, dolo ou culpa.

Nessa linha de entendimento, Cavalieri Filho (2012, p. 404) argumenta que “devemos ter em mente [...] que o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado [...]”. E prossegue: “Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva”.

Cavalieri Filho (2012, p. 420) desenvolve seus argumentos tecendo as seguintes considerações:

Não há [...] nenhuma incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e **a responsabilidade objetiva** solidária estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, **mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos [...]**. (Grifo nosso).

E, mais a frente, ressalta que

[...] mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado [...] de sorte que para afastar a sua responsabilidade, **bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim de condições próprias do paciente ou de fato da natureza** (art. 14, §3º, I)” (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p. 426). (Grifo nosso).

Assim, segundo Cavalieri Filho (2012, 420),

Os estabelecimento hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração da atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (vg. em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu ao chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v.g. queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc; **quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados.** (Grifo nosso).

Data venia, não se poderá interpretar a responsabilidade objetiva dos hospitais, com espeque na teoria do risco da atividade empresarial

(empreendimento), de forma ampla e irrestrita (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 90).

Em primeiro lugar, porque “é público e notório que o exercício da Medicina é atividade constantemente sujeita a risco” (RIBEIRO, 2013, p. 35). Sendo assim,

[...] se não for afastado o critério da responsabilidade sem culpa, em quaisquer dos casos de morte do paciente ou de agravamento da saúde, o **hospital poderá ser injustamente responsabilizado**, ao fundamento presumido de defeitos no serviço [...] condenando-se hospitais **pelo simples insucesso da terapia ou natural evolução da doença ou, ainda, pelo inexplicável aparecimento desta** [...] (SEBASTIÃO, 2003 *Apud* STOCO, 2013, p. 984). (Grifo nosso).

Nessa toada, não se poderá perder de vista que “o pressuposto mais tormentoso na área da saúde é o nexo causal” (GODOY, 2009, p. 12). Tênué é a linha que separa o “mau resultado” decorrente de ato médico, do “mau resultado” decorrente de fatores aleatórios, isto é, dos riscos da atividade médica, que podem deflagrar a quebra de nexo causal entre a conduta do médico, e, por conseguinte, do hospital, e o dano ao paciente (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 9).

O próprio Cavalieri Filho (2012, 411), ao comentar sobre o dever de informação, chega a afirmar que, “em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as consequências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade”.

Assim, resta claro que tais resultados ruins para os pacientes ocorrem diariamente no interior dos nosocômios. Desse modo, imputar aos hospitais, nas demandas fundadas em “erro médico”, responsabilidade objetiva, e exigir das entidades de saúde, em todos os casos, que demonstrem a ausência de nexo causal entre os serviços prestados pelo médico e a lesão causada ao paciente, sob pena de terem que indenizar, levariam ao mesmo caminho, ou seja: inviabilizaria a atividade hospitalar (MARANHÃO, 2009, p. 37) ¹⁴.

Ademais, o próprio legislador, no §1º, II, do Art. 14 do CDC (acima transcrito), ante os riscos inerentes a certas atividades, “desqualifica o defeito do serviço pelo resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam” (NUNES,

¹⁴ Some-se a isso, como será visto, a corrente inversão do ônus da prova e concessão de justiça gratuita, o que acabaria por incentivar demandas indenizatórias em face de hospitais.

2000 *Apud* COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 8). Portanto, como a ocorrência de “maus resultados” no tratamento ou na cirurgia do paciente é um risco que razoavelmente se espera na atividade médico-hospitalar, tais não poderão ser considerados, *a priori*, como defeitos na prestação dos serviços. Por essa razão, o correto é deixar de lado a responsabilidade objetiva e perquirir se houve culpa do médico no resultado danoso (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, 8-9).

Em segundo lugar, porque “a medicina é, por excelência, uma atividade profissional marcada pelo compromisso de meios” (GOMES, 2009, p. 28). Ora, os riscos que envolvem a arte de curar impedem que o médico se comprometa com resultado positivo da cirurgia ou do tratamento do paciente (KFOURI NETO, 2010, p. 10). Do mesmo modo, quanto aos “atos essencialmente médicos” de seus prepostos, a obrigação do hospital é apenas de meios, e não de resultado (STOCO, 2013, p. 983), uma vez que, por óbvio, os serviços prestados pelos hospitais por intermédio dos profissionais da medicina se sujeita as mesmas contingências dos serviços prestados pessoalmente pelos médicos.

Tal fato torna, inclusive, irrelevante a natureza contratual da relação entre o hospital e o paciente – no que diz respeito aos serviços médicos –, de modo que, como regra, o ônus de provar a culpa pela falha no serviço prestado incumbirá ao paciente.

Por fim, porque a responsabilidade entre o hospital e o médico é solidária, de sorte que

[...] seria verdadeiro absurdo lógico que, direcionada a ação de reparação à pessoa física do médico, se exigisse a comprovação de comportamento culposos como condição para sua responsabilização, enquanto que, para responsabilização da pessoa jurídica, com fundamento nesse mesmo comportamento do médico, fosse dispensada a culpa (STOCO, 2013, p. 984).

Diante desses argumentos, a responsabilidade civil hospitalar, com relação à atividade médica em si, deve ser apurada mediante a verificação de culpa dos profissionais da medicina, sendo, pois, subjetiva, enquanto que, em relação atividade empresarial, a responsabilidade permanece objetiva.

4.2.1 Entendimento do STJ

Conforme observa Garcia (2013, p. 134), o entendimento acerca da responsabilização dos hospitais por ato médico também é divergente no STJ.

A Quarta Turma entende que o hospital somente poderá ser responsabilizado por ato médico se provada a culpa do profissional. Prevalece a tese de que a responsabilidade objetiva se restringirá à atividade empresarial propriamente dita (estadia do paciente, instalações, equipamentos, serviços de enfermagem, exames etc), não abrangendo a atividade médica em si.

Por sua vez, a Terceira Turma entende que a responsabilidade dos hospitais é sempre objetiva, de modo que, nas demandas fundadas em “erro médico”, a culpa do profissional da medicina é dispensada.

Aparentemente, essa questão havia sido dirimida pela Segunda Seção do STJ (órgão que compreende a 3ª e 4ª Turmas), prevalecendo o entendimento da Quarta Turma, em que pese o placar apertado da votação (4 votos a 3), conforme segue:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o §1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor como norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. **Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem vínculo com o hospital, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.**

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, **não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á afirmando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese e intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.**

[...] (STJ – REsp nº 908.359-SC, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgamento em 27.08.08, DJe 17.12.08) (BRASIL, 2008).

Analisando o precedente supra, Calado (2009, p. 34) chegou a tecer os seguintes comentários:

O atual panorama da responsabilidade médico-hospitalar, na interpretação do STJ, caminha com seu foco orientado para a aferição da conduta do profissional médico, quando o fato determinante da lide versar sobre a atividade médica em si; noutra ponta, quando a controvérsia for atribuída à falha no serviço nosocomial, não se perquirirá a conduta culposa, mas apenas se houve ou não falha na prestação do serviço que causou dano ao paciente (CALADO, 2009, p. 34).

Nada obstante, a Terceira Turma do STJ, em julgados recentes, tem mantido entendimento no sentido de que a incidência da regra de exceção do § 4º do art. 14 do CDC restringe-se à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, não alcançando os demais fornecedores de serviços, inclusive os hospitais e clínicas médicas. Com relação a esses, de acordo com os precedentes que se seguem, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, dispensando, pois, a comprovação de culpa nas demandas fundadas em “erro médico”. *In Verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

1. Demanda indenizatória proposta pelo marido de paciente morta em clínica médica, alegando defeito na prestação dos serviços médicos. 2. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção.

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida por imposição legal (inversão 'ope legis'). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC. 6. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – REsp 986648-PR 2007/0215972-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 10/05/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2012) (BRASIL, 2012).

Em julgamento ainda mais recente, após recurso do hospital indicando ofensa ao §4º do Art. 14 do CDC e alegando, por conseguinte, a necessidade de haver a comprovação da culpa pela falha do serviço prestado por um médico e não pela instituição, a Terceira Turma do STJ reafirmou, em decisão unânime conduzida pelo voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, que apenas a responsabilidade pessoal do médico contratado pelo paciente é subjetiva, de modo que a responsabilidade civil do hospital só será afastada quando restar comprovado

que não houve defeito na prestação dos serviço, culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo de terceiro. Eis o acórdão:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

1. Demanda indenizatória proposta por paciente portador da Síndrome de Down, que, com um ano e cinco meses, após ser submetido a cirurgia cardíaca, recebeu indevidamente alta hospitalar, tendo de retornar duas vezes ao nosocômio, com risco de morte, sendo submetido a duas outras cirurgias, redundando na amputação de parte da perna esquerda.

2. A regra geral insculpida no art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção.

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão 'ope legis'). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC.

6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior.

7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ – REsp: 1331628-DF 2012/0135921-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2013) (BRASIL, 2013).

4.3 Não incidência do art. 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil

O Art. 927, parágrafo único, parte final, do Código Civil estabelece a responsabilidade objetiva genérica fundada na atividade de risco. *In Verbis*:

Art. 927. *Omissis*

Parágrafo Único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem** (BRASIL, 2002) (Grifo nosso).

Nesse passo, diz-se que a responsabilidade objetiva genérica pela atividade de risco só terá aplicação quando não houver lei específica disciplinando a matéria. Assim, nas relações de consumo não haverá lugar para aplicação do art. 927, parágrafo único, parte final, do CC/02, uma vez que o CDC rege a situação (SOUZA, 2010, p. 69). Contudo, não se poderá olvidar que haverá entendimento no sentido de que o CDC não se aplicará à responsabilidade civil dos hospitais derivada

de “atos essencialmente médicos”, mas tão somente à responsabilidade derivada de “atos extramédicos” e de “atos paramédicos” (atividade empresarial) (KFOURI NETO, 2010, p. 35-42).

Portanto, sem adentrar a discussão acerca da aplicação, ou não, do CDC na responsabilidade civil dos médicos e, por conseguinte, na responsabilidade civil hospitalar derivada de “atos essencialmente médicos”, faz-se necessário enfrentar a seguinte indagação: o art. 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil subsume-se à atividade exercida pelo profissional da medicina e, por conseguinte, à responsabilidade civil dos hospitais nas demandas fundadas em “erro médico”?

De plano, cumpre estabelecer que a resposta é negativa. Como lembra Stoco (2013, p. 235), na III Jornada de Direito Civil, realizada no centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em dezembro de 2004, foi aprovado seguinte enunciado: “No Art. 927, parágrafo único, do Código Civil, o fator de imputação da obrigação de indenizar é a atividade de risco, e não o risco da atividade”.

Isso porque a “atividade de risco” é aquela criadora de riscos especiais para os direitos de outrem, ainda que não se cogite qualquer benefício a ser alcançado – apesar de que, geralmente, quem exerce uma atividade de risco visa algum tipo de proveito (SOUZA, 2010, p. 93).

Destarte, asseveram Couto Filho e Souza (2010, p. 07) que “é preciso, pois, que o risco existente em razão do exercício da atividade desenvolvida seja criado pelo agente, sob pena de inexistir a responsabilidade objetiva prevista no aludido dispositivo”. Para concluírem, em seguida, que “indubitavelmente o risco existente na prestação do serviço médico/hospitalar não é criado pelo profissional ou pelo ente jurídico [...] o risco pertinente à medicina emerge da própria limitação da Ciência”.

No mesmo passo, conforme expõe Kfoury Neto (2010, p. 96), ao profissional da Medicina e ao ente jurídico onde ele trabalha não se aplicará a parte final do dispositivo em comento,

[...] porque a atividade médica não implica, ‘por sua natureza’, risco para o paciente – muito pelo contrário: representa, as mais vezes, esperança de cura, de salvação, de mitigação das dores – e risco terapêutico (maior ou menor probabilidade de se curar o enfermo), [...], não depende somente da atuação do profissional.

Assim, o exercício da Medicina não é uma “atividade de risco”, mas, isto sim, o risco existente na prestação dos serviços médicos é o “risco da atividade”, inerente à própria atividade, isto é, à condição de saúde do paciente e aos fatores aleatórios indissociáveis da prática médica.

Muito embora exista risco na atividade exercida na área da saúde – o risco de não haver a cura do paciente ou de não ser eliminado o mal que o assola – **tal risco não advém** da atividade do prestador de serviços, mas, sim, **do problema de saúde do paciente**, ou seja, **é inerente ao contratante dos serviços** (GODOY, 2009, p. 41). (Grifo nosso).

Conforme já discorrido neste trabalho, é nesse ponto que surge importante questão: o dever de informação do paciente. Em que pese hospitais e médicos não responderem pelos riscos inerentes da atividade, poderão, eventualmente, serem obrigados a reparar o dano causado ao paciente não por culpa do profissional da medicina, mas pela ausência do dever de informação do paciente. Esse, por sua vez, se tivesse sido informado acerca dos possíveis resultados nocivos da intervenção, poderia não ter consentido com sua realização.

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as consequências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. É nesse cenário que aparece o dever de informar. A falta de informação pode leva o médico ou o hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito no serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento (CAVALEIRI FILHO, 2012, p. 411).

4.4 A inversão do ônus da prova e a técnica das cargas probatórias dinâmicas

Mais uma vez, sem adentrar a discussão acerca da aplicabilidade, ou não, do CDC nos serviços médicos, e levando em consideração a Jurisprudência do STJ no sentido de que a relação médico-paciente se configura como relação de consumo, passa-se analisar mais um tema de suma importância no que tange a responsabilidade civil médico-hospitalar: a inversão do ônus da prova nos casos de “erro médico”.

De acordo com o Art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de sua alegação, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor. Em precisa lição, Salamanca (2013, p.29-37) alerta para a distinção entre as

expressões “ônus” e “dever” ou “obrigação”. Isso porque, segundo a autora, “ninguém é obrigado a provar o que alega em juízo. As partes têm o ônus de provar em seu próprio benefício; as provas de suas alegações irão fornecer ao juiz meios idôneos para que ele possa formar sua convicção sobre os fatos”.

Não dispondo o juiz de provas suficientes para formar sua convicção, a lide será decidida de acordo com a regra do ônus da prova. Se a dúvida do julgador pairar sobre os fatos constitutivos, a demanda será julgada contra o autor. Por sua vez, se a dúvida pairar sobre os demais fatos, a demanda será julgada contra o réu. Assim, a regra do ônus da prova se destina a iluminar o magistrado que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 267).

Nesse caminho, “o erro médico apresenta-se aos operadores do direito [...] como um fato que para ser provado requer uma difícil empreitada” (GRECCO; OLIVEIRA, 2008, p. 51). Em geral, aponta-se o aspecto demasiadamente técnico na prova da culpa médica, de modo que, no mais das vezes, o paciente não teria autossuficiência necessária para desincumbir-se de seu ônus natural: provar o alegado “erro médico” (CARVALHO, 2009, p. 123).

É nesse ponto que se vislumbra a inversão do *ônus probandi*. Isso em razão de que o Art. 6º, VIII, do CDC garante a inversão do ônus da prova quando verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente – os requisitos, no CDC, não são cumulativos –, nos termos que seguem:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a alegação for verossímil a alegação **ou** quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência (BRASIL, 1990) (Grifo nosso).

Cumprido esclarecer que a hipossuficiência prevista no dispositivo supra é um fenômeno de índole processual (GARCIA, 2013, p. 83), relacionada às condições econômicas ou técnicas do consumidor de produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 410).

Assim, diz-se que na grande maioria das ações fundadas em “erro médico”, possui esse profissional maiores condições técnicas de produzir as provas a orientar o Juízo, tendo em vista seu conhecimento científico. Tal fato, induz a

plausibilidade e conveniência da inversão do ônus da prova (SKORKOWSKI, 2007).

Contudo, adverte Carvalho (2009, p. 123) que “a inversão do ônus da prova, [...] não pode impor a uma das partes um encargo absurdo, sob de ser gerado um novo desequilíbrio na relação jurídica”. E arremata Barbosa Moreira (1997 *Apud* Carvalho, 2009, p. 128) que “a finalidade da norma que prevê a inversão é facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar”.

Sendo assim, uma vez que a Medicina é Ciência aleatória, com uma série de fatores que escapam ao médico, entende-se que a inversão automática – pura e simples, sem fundamentação plausível – do ônus da prova nas demandas fundadas em “erro médico” – apenas com base na hipossuficiência técnica do paciente – é descabida (KFOURI NETO, 2013).

Isso porque o magistrado, ao inverter o ônus da prova, deverá indicar de forma clara e precisa quais provas deverá o fornecedor dos serviços produzir, isto é, quais provas deverão ser extraordinariamente produzidas pelo médico e/ou pela sociedade empresária hospitalar para desconstituir os fatos constitutivos alegados pelo autor. O objetivo dessa medida é evitar que o demandado produza certas provas e o juiz, no momento da sentença, decidir a favor do demandante, sob o argumento de que aquele não produziu determinada prova que considera imprescindível para o caso, fato que implicaria em surpresa e cerceamento de defesa. Logo, o médico e/ou o hospital devem estar adequadamente cientes de quais provas devem produzir (KFOURI NETO 2010, p. 60).

Ademais, os requisitos para inversão do ônus da prova deverão ser interpretados em conjunto, ou seja: como pressupostos cumulativos, conforme posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco – embora se trate de corrente minoritária na doutrina e na jurisprudência (ARAÚJO, 2009). Diga-se: não teria sentido inverter o ônus da prova em face do médico e/ou hospital apenas porque seja o paciente hipossuficiente, ainda que suas alegações sejam totalmente infundadas (inverossímeis). Pode-se citar o caso de paciente com câncer em estado terminal, internado há anos no hospital, que vem a óbito – tudo indica – em razão da evolução natural da doença. Não teria cabimento, em eventual demanda indenizatória com fundamento em “erro médico”, inverter-se o ônus da prova em favor do demandante. Portanto, diante da real inverossimilhança da afirmação do autor, não deve o magistrado proceder à inversão do ônus da prova (KFOURI

NETO, 2010, p. 62).

Por outro lado, no mesmo exemplo citado, havendo fundada suspeita de que a morte decorreu de “erro médico”, não seria razoável exigir dos familiares do *de cuius* a prova da culpa. Em caso contrário, bastaria o médico e/ou hospital permanecer inerte para que, ao final, a demanda fosse julgada improcedente para o autor.

Com fundamento nesse pressuposto, tem-se acenado – diga-se, com acerto – para adoção da técnica das cargas probatórias dinâmicas nas ações envolvendo “erro médico”. Por essa técnica, o juiz, na busca da verdade real, poderá atribuir a produção de determinada prova àquela das partes que se encontrar em melhores condições de fazê-lo, não se permitindo que autor ou réu permaneçam inertes, mormente quando sejam o único em condições de contribuir com o julgador (KFOURI NETO, 2010, p. 80).

Guerra (2009), em monografia acerca das “Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro”, ao comentar sobre o surgimento dessa teoria no Direito Argentino, expõe que

A teoria das cargas probatórias dinâmicas surge, fundamentalmente, para equilibrar esta situação de desigualdade entre as partes no processo, cuja manutenção tornaria completamente inútil a demanda proposta pela vítima e brindaria a inércia probatória do cirurgião. **De acordo a regra dinâmica, em casos com este, o encargo probatório recairia sobre ambas as partes, mas em especial sobre o cirurgião, pois é quem, evidentemente, goza de melhores condições (técnicas, profissionais e fáticas) para promover uma adequada reconstrução dos fatos**, cabendo a ele demonstrar que atuou dentro do conhecimento e da técnica da ciência que domina e que, portanto, eventual resultado danoso não lhe poderia ser imputado. (Grifo nosso).

Nada obstante, casos haverá em que o sucesso da cirurgia ou do tratamento dependerá sobremaneira da disciplina do paciente. Exemplo possível são as cirurgias ortopédicas, quando o médico prescreve ao paciente sessões de fisioterapia após a intervenção. Em casos como esse, não há que se olvidar que, em eventual demanda indenizatória contra o esculápio, sob alegado “erro médico”, incumbirá ao paciente fazer prova de que cumpriu as recomendações para o pós-cirurgia.

Destarte, a técnica das cargas probatórias dinâmicas apresenta-se como a mais adequada nas demandas fundadas em “erro médico”, pois não se trata de inverter pura e simplesmente o ônus da prova – o que seria injusto para o médico

e/ou hospital –, nem de manter a distribuição natural *onus probandi* – que seria injustiça maior ainda com os pacientes –, conforme arremata Kfoury Neto (2010, p. 82): "não se trata de inverter o ônus da prova, em desfavor do profissional. [...] incumbirá ao juiz, ao determinar provas necessárias à formação do seu convencimento, tornar claro qual das partes deverá produzi-la e quais as possíveis da frustração da prova ou da evidente desídia da parte em obtê-la".

5 CONCLUSÃO

Face à existência de fatores aleatórios inerentes à prática médica, a obrigação dos profissionais da Medicina, seja contratual seja extracontratual, é de empregar com zelo todos os meios ao seu alcance, sem se que possa comprometer, perante seus pacientes, com o resultado específico no tratamento ou na cirurgia, bastando apenas informá-los adequadamente dos riscos a que serão submetidos. Assim, a obrigação dos médicos, como regra, é de meios e não de resultado, de sorte que o “mau resultado” ao paciente não pode ser considerado, *a priori*, como “erro médico” ou defeito na prestação dos serviços.

O mesmo raciocínio se aplicará aos hospitais, no que se refere à atividade médica em si. Sobrevindo um “mau resultado” após tratamento ou cirurgia realizada por médico preposto do hospital, a responsabilidade civil do hospital deverá ser apurada mediante a verificação de culpa do esculápio. Isso em razão de que, por óbvio, os serviços prestados pelos hospitais, por intermédio dos profissionais da Medicina se sujeitará às mesmas intempéries dos serviços prestados pessoalmente pelos médicos.

Portanto, no que se refere à responsabilidade civil hospitalar, faz-se necessário distinguir a natureza da responsabilidade civil nosocomial pelo fato dos serviços relacionados à atividade empresarial propriamente dita (internação, exames, radiologia, informação, atendimento, etc), da responsabilidade pelo fato dos serviços prestados pelos médicos (atividade médica em si). No primeiro caso, a responsabilidade será objetiva. De outro giro, no segundo caso, a responsabilidade será subjetiva.

Não se pode olvidar, contudo, a dificuldade que enfrentará o paciente, em eventual demanda fundada em “erro médico”, em produzir provas da culpa médica. Também não se afigura razoável a inversão automática do ônus da prova em todos os casos envolvendo um suposto “erro médico”, pois, com restou assentado, tênue é a linha que separa o risco inerente da atividade e a culpa médica, de modo que, no mais das vezes, o hospital não terá condições de se desincumbir desse ônus.

Sendo assim, a técnica das cargas probatórias dinâmicas calha perfeitamente às demandas fundadas em “erro médico”. Nessas ações, deverá o juiz determinar a produção de provas àquela das partes que estiver em melhores condições de produzi-las, cooperando ambas com a convicção do julgador na

medida de suas possibilidades, explicitando, assim, os princípios da lealdade processual e da boa-fé.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- ARAÚJO, Alexandre Costa de. A inversão do ônus da prova nas ações do consumidor: Aonde vamos?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6235>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 101.
- BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Definindo a responsabilidade civil no cenário atual. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8874>. Acesso em: 01 nov 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 31 de maio de 1999. Civil e Processual - cirurgia estética ou plástica - obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - indenização - inversão do ônus da prova. Waldemar Zveiter (Relator). 31 de maio de 1999.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 10 de fevereiro de 2009. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. Carlos Fernando Mathias (Relator). 10 de fevereiro de 2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. Aldir Passarinho Junior (Relator). STJ - REsp: 764001 PR 2005/0108623-0 Data de Julgamento: 04 de fev de 2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 15 de março de 2010a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 19 de agosto de 2010. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. Nancy Andrigli. (Relatora). 19 de agosto de 2010. STJ, 3ª T., REsp 1180815/MG, Publicado em: DJe 26 s de agosto 2010b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência. Indenização. Recurso especial. Nancy Andrigui (Relatora). João Otávio de Noronha (Rel. p/ acórdão). STJ – Resp nº 908.359-SC, julgamento em 27.08.08, DJe 17.12.08 Segunda seção. Publicado em: 27 de agosto de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. Agravo de instrumento. Ação de indenização movida contra clínica médica. Alegação de defeito na prestação de serviços. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Paulo de Tarso Sanseverino (Relator). STJ - REsp: 986648 PR 2007/0215972-5, Data de Julgamento: 10 de maio de 2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02 de março de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. Responsabilidade civil. Ação de indenização movida contra hospital. Defeito na prestação de serviços médico-hospitalares. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Paulo de Tarso Sanseverino (Relator). STJ - REsp: 1331628 DF 2012/0135921-0, Data de Julgamento: 05 de set. de 2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12 de set. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 20 out. 2013.

CALADO, Vinicius de Negreiros. Responsabilidade Médico-Hospitalar na Interpretação do STJ. **Revista Jurídica Consulex**, V. 13, n. 299, p. 34-36, jun. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 160. (Volume 1).

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **Os diversos tipos de responsabilidade jurídica**. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11725/os-diversos-tipos-de-responsabilidade-juridica>. Acesso em 05 jul 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COSAC, Ognev M. Responsabilidade Médica: o que é exato e o que é humano. **Revista Jurídica Consulex**, V. 17, n. 390, p. 36-37, abr. 2013.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

- DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. (Curso de direito civil; volume 7).
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Volume 3.).
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 7. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. (Coleção Leis Especiais para Concursos).
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Julio Cezar Meirelles. Erro médico. **Revista Jurídica Consulex**, V. 13, n. 299, p. 28-30, jun. 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECCO, Cesus; OLIVEIRA, Antonio Donizete de. Do erro médico. **Revista Direito e Sociedade**. V 8, n. 1, p. 51, jan./dez. 2008.
- GUERRA, Daniel Dias Carneiro. **Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro**. 2009. 85p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011.
- KFOURI NETO, Miguel. Direito do Consumidor na Relação Médico-Paciente. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO MÉDICO. 4., 2013, Brasília. **Anais...** Vários direitos, um dever: cuidar das pessoas. Brasília: Procuradoria Geral da República, 2013.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente**. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5507>>. Acesso em: 17 out 2013.
- MARANHÃO, J.P.B.A. Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil dos Hospitais. **Revista Jurídica Consulex**, ano. 13, n. 299, p. 37-38, jun. 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de processo civil; Volume 2).

MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Impedimento e suspeição no Código de Processo Civil Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,impedimento-e-suspeicao-no-codigo-de-processo-civil-brasileiro,44705.html>>. Acesso em 17 out. 2013.

MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, V. 36, n. 1, Fev. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912009000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 Nov. 2013.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. V. 63, p. 54, jul./set. 2007.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Rev Bras Cir Cardiovasc**, São José do Rio Preto, V. 11, n. 2, Jun 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76381996000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2013.

NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. [Org.] **Doutrinas Essenciais: responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NOVAES, Humberto Pollyceno. Diferenças essenciais entre responsabilidade civil e responsabilidade civil consumerista. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11318>. Acesso em 05 nov. 2013.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim; AZEVEDO, Marcelo. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. 2008. Disponível em:

<<http://www.administradores.com.br/artigos/administracao-e-negocios/responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro/26382/>>. Acesso em 08 nov. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Maurício Gomes. **Epidemiologia: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S. A., 1995.

PEREZ, Stéfanie de Freitas; SOUZA, Gelson Amaro de. **Prova da Responsabilidade Médica**. 2008. Disponível em:

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1735/1651>. Acesso em 03 nov. 2013.

PIOLI, Roberta Raphaelli. A responsabilidade médica nas cirurgias plásticas. **Revista Jurídica Consulex**, V. 17, n. 390, p. 39, abr. 2013.

PITREZ, Fernando. Erro médico: a visão de um cirurgião. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v.39, n.3, jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912012000300001&lng=en&nrm=iso> Disponível em: 31 out. 2013.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de Responsabilidade Civil do Profissional Médico. **Revista Jurídica Consulex**, V. 17, n. 390, p. 34-35, abr. 2013.

SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTIAGO, Alexandre. **Responsabilidade Civil Aquiliana ou Extracontratual**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/responsabilidade-civil-aquiliana-ou-extracontratual/19580/>>. Acesso em 08 set. 2013.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, V 15, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 05 nov 2013.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica**. 22. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

SILVA, Giselle Miranda Ratton. **Responsabilidade contratual e extracontratual**. 2002. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em: 14 de out. de 2013.

SKORKOWSKI, Alan. A Inversão do Ônus da Prova na Responsabilidade Civil do Médico. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, V 11, 22 de jun. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3889/a_inversao_do_onus_da_prova_na_responsabilidade_civil_do_medico>. Acesso em: 17 de nov. de 2013.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco**. São Paulo: Atlas, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contida no CDC e CC. **Revista de direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, p. 269, abr./jun. 2006.

UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade Contratual:** a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e extracontratual?. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22673/responsabilidade-contratual-a-causalidade-do-dano-nexo-de-causalidade-e-a-mesma-na-responsabilidade-contratual-e-na-extracontratual>. Acesso em 10 set 2013.

VELTEN, Paulo. A arguição da execução do contrato não cumprido frente à quebra de dever lateral. In: FORUM NACIONAL DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. 2008, **Anais...** São Luís: Centro de Convenções Pedro Neiva de Santana, 2008.

ZULIANI, Ênio Santarelli; BRUNHARI, Andréa de Almeida. O consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. **Revista do Advogado**. n. 114, p. 59, dez. 2011.

Barbosa, Marcus Lacerda

A responsabilidade civil dos hospitais nas demandas fundadas em erro médico/ Marcus Lacerda Barbosa. – São Luís, 2013.

62 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais, Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2013.

1. Erro Médico. 2. Responsabilidade Civil. I. Título.

CDU: 347.412:614.25