

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DO IDP**

MARCELO MOURA COELHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS EM CA-
SOS DE ERRO MÉDICO**

**BRASÍLIA – DF
2016**

MARCELO MOURA COELHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS EM CA-
SOS DE ERRO MÉDICO**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção do título de especialista em Direito Privado na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**BRASÍLIA – DF
2016**

MARCELO MOURA COELHO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS EM CASOS DE ERRO MÉDICO

Trabalho apresentado como requisito à obtenção do título de especialista em Direito Privado na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP..

Brasília, 26 de agosto de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Avaliador 1

Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP

Avaliador 2

Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP

Avaliador 3

Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço à Santíssima Trindade, fonte de todas as graças. Agradeço também minha esposa Ana Luísa pela inestimável ajuda que me deu.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil de hospitais em razão de erro médico. A pesquisa jurídica realizada se justifica por causa do número cada vez maior de erros médicos que são levados ao Poder Judiciário e também porque cada vez mais as pessoas procuram tratamento médico particular por meio de uma intrincada rede entre médico, hospital e operadora de plano de saúde. Será realizada uma rápida revisão dos elementos gerais de responsabilidade civil. Também será delineada a responsabilidade civil por fato de outrem, gênero da espécie de responsabilização legal ora pesquisada. Após, será realizada uma análise jurídica da atividade médica, o erro médico, a responsabilidade civil do profissional, o ônus da prova e da aplicação da teoria da perda de uma chance nessa seara. Tal análise é de suma importância, pois esta pesquisa não pretende estudar qualquer tipo de responsabilidade civil hospitalar, como a oriunda de infecção, mas apenas aqueles que têm como substrato o erro médico. Finalmente será realizada uma análise crítica das diferentes correntes existentes no direito brasileiro a respeito da responsabilidade civil do hospital particular em razão do erro médico, sendo ao final demonstrada aquela que é a mais juridicamente adequada. Para fundamentar o presente trabalho serão utilizados o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, estudo bibliográfico e pesquisa sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Existem três respostas diferentes para o problema em análise: o hospital responde objetivamente; ele responde solidariamente com o médico caso este seja seu preposto; ele responde solidariamente com o profissional, mas não há necessidade de preposição.

Palavras-chave: direito; direito civil; responsabilidade civil; erro médico; hospital privado; responsabilidade civil de terceiro por fato de outrem.

ABSTRACT

This monograph has the goal to analyse the civil liability of private hospitals because of medical error. The present study is justified on the account of the increasing number of medical malpractice that are brought to the Judiciary and because a growing number of people search for private medical treatment in a complex net between physician, hospital and health care insurance. A short summary of the most important elements of civil liability will be made. Also the civil liability on the account of a third party, gender of the legal liability studied, will be outlined. After that it will be made an juridical analysis of the medical practice, medical malpractice, civil liability for the medical doctor, the burden of proof and the theory of the loss of a chance in this area. This analysis is of great importance, because this research doesn't have as goal the study of hospitals civil liability in cases such as infections, but just the cases that are founded medical malpractice. Finally, on the third chapter the different legal opinions about the civil liability of the hospitals in cases of medical malpractice. In the end it will be proven which legal opinion is correct. The Civil Code and the Consumer's Defense Code will be used as base for the study, also bibliographic research and the jurisprudence of the Superior Court of Justice. There are three different answers for the problem analysed: the hospital is objectively accounted for; it is accounted for with the medical doctor if this is its representative; it is accounted for with the physician, but there is no need of representation.

Key words: law; civil law; civil liability; medical malpractice; private hospitals; third party liability.

SUMÁRIO

Introdução.....	07
1 Elementos de responsabilidade civil.....	10
1.1 Da responsabilidade civil.....	10
1.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	12
1.3 A responsabilidade civil pelo fato de outrem.....	23
2. A responsabilidade médica.....	27
2.2 O erro médico.....	31
2.3 A perda de uma chance no erro médico.....	45
3 A responsabilidade civil hospitalar no erro medico.....	48
3.1 Espécies de estabelecimentos hospitalares.....	48
3.2 A relação jurídica entre hospital e paciente.....	50
3.3 A relação jurídica entre hospital e médico.....	51
3.4 A tese da responsabilidade objetiva do hospital.....	52
3.5 A tese da responsabilidade solidária do hospital com o médico preposto.....	57
3.6 A Tese da Responsabilidade Solidária do Hospital com o Médico, inclusive o que não for preposto.....	65
Conclusão.....	71
Referências bibliográficas.....	74

Introdução

A responsabilidade civil se constitui em importante instrumento tanto para a reparação de danos já ocorridos como para evitar que eles ocorram. Sua importância é maior ainda numa sociedade de massas como a que vivemos, pois a impersonalidade dos serviços à disposição das pessoas gera riscos cada vez maiores.

Uma das searas de maior crescimento de casos que envolvem responsabilidade civil é aquela oriunda da atividade médica. Com efeito, o contexto da realidade atual envolvendo o profissional da Medicina e o estabelecimento onde ele exerce seu ofício merece um estudo direcionado às relações jurídicas que se formam na prestação da saúde.

Gradualmente, o médico deixa de ser envolvido por uma aura quase divina e sua conduta é cada vez mais questionada. A massificação da prestação dos serviços médicos tem distanciado progressivamente o paciente do princípio *intuiti personae* da Medicina.

Por outro lado, o fácil acesso à informação sobre os seus males, por meio da rede mundial de computadores, também causa maiores exigências aos médicos a respeito dos direitos do paciente. A consequência desse comportamento fez com que o número de processos judiciais envolvendo erros médicos aumentasse assustadoramente

No tocante à prestação particular de serviços médicos, há uma relação bipolar: em uma das pontas, estão a operadora do plano de saúde, o hospital e o médico. Do outro lado, se encontra o paciente, fragilizado por uma doença ou sofrendo as consequências de um acidente e buscando de todos os meios a recuperação de sua saúde.

Embora nenhum profissional possa assegurar ao paciente a cura de seus males, como será visto no presente trabalho, na relação entre os quatro agentes supracitados, o último é muitas vezes vítima de uma conduta que lhe causou dano ressarcível e a solução é a busca por uma reparação.

Na análise judicial de um erro médico, o magistrado deve agir com um esmero maior que em outros casos de responsabilidade civil, segundo o Ministro Luis Felipe Salomão:

Os casos de responsabilização por danos causados pela falha na prestação de serviço médico, de qualquer natureza, por imperícia ou imprudência dos profissionais responsáveis pelos procedimentos realizados de maneira equivocada, seja pela adoção de tratamento inadequado, seja pela prescrição de medicamentos não recomendados, exagero ou insuficiência de sua dosagem, merecem atenção especial pela relevância dos bens jurídicos atingidos e sua quase impossibilidade de serem reparados: integridade física e vida.¹

Entretanto, a massificação da prestação dos serviços de saúde e esta relação bipolar dos personagens supramencionados trouxe aos magistrados um novo problema. Se tradicionalmente apenas o profissional que cometesse o erro poderia ser por isso responsabilizado, deve se questionar se será possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro responsabilizar terceiros, hospital e operadora de plano de saúde por causa disso.

O presente trabalho busca analisar as respostas a essa pergunta no que concerne aos estabelecimentos particulares de saúde. Saliente-se que a questão é complexa não apenas porque envolve eventual responsabilidade de terceiro, mas também porque a relação entre médico e nosocômio não é unívoca, podendo se apresentar de diversas maneiras.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi realizada extensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo que esta última se deu apenas em decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Partindo da hipótese que a atividade médica não é uma conduta isolada do profissional médico, afirma-se que a hospital também pode ser responsabilizado em razão de erro cometido por aquele.

Para chegar ao objetivo no primeiro capítulo, serão definidos alguns conceitos necessários ao desenvolvimento do tema deste trabalho.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1497749/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 20/10/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2016.

Assim, será realizada uma pequena revisão dos elementos gerais da responsabilidade civil, porém as controvérsias existentes a respeito desses pontos não serão abordadas, posto que não constituem o foco desta monografia.

Ademais, não será abordado, salvo superficialmente e quando necessário, o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, eis que isto também não guarda relevância ao presente tema.

No segundo capítulo será definida, em termos jurídicos, a atividade médica. Logo após será feita uma análise de quando essa atividade gera um dano: o erro médico.

Para o prosseguimento lógico e regular do desenvolvimento do tema, torna-se necessário um aprofundamento a respeito da responsabilidade do próprio profissional médico.

Por fim, no terceiro capítulo serão analisados os diferentes tipos de estabelecimentos hospitalares, a relação jurídica entre eles e o médico, entre eles e o paciente e as principais teses sobre sua eventual responsabilidade civil em casos de erros médicos.

Ao final, as teses salientadas anteriormente serão analisadas à luz do ordenamento jurídico pátrio, determinando qual delas lhe é mais conforme. Urge salientar que o presente trabalho resume-se a uma modesta contribuição a um debate jurídico tão premente.

1 Elementos de Responsabilidade Civil

A intenção desse primeiro capítulo é apenas definir alguns conceitos que serão necessários para o desenvolvimento do tema desta monografia. Assim, as controvérsias existentes a respeito dos pontos aqui desenvolvidas não serão abordadas, já que não constituem o foco deste trabalho.

Tampouco serão abordados, salvo superficialmente e quando necessário, o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, eis que isto também não constitui o objetivo da presente monografia.

1.1 Da responsabilidade civil

O art. 186 do Código Civil define que comete ato ilícito quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a terceiro, ainda que exclusivamente moral. Já o art. 927, *caput*, do mesmo diploma legal estabelece que a consequência do ato ilícito é a obrigação de repará-lo.

Depreende-se dos enunciados normativos supracitados que é necessária a existência de um dano causado por violação de um dever jurídico para que surja a obrigação de indenizar. Ou seja, a responsabilidade civil “*é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*”.²

Já a definição clássica de Maria Helena Diniz responsabilidade civil é:

a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal³.

O conceito apresentado por Diniz parece ser menos acertado que o de Cavaliéri Filho, eis que a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar danos causados a terceiros é, na verdade, consequência da responsabilidade civil, já

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 14.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 7. Responsabilidade Civil**, 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2002. p. 34.

que esta consiste no dever jurídico sucessivo supracitado e não nas medidas aplicadas para cumprimento desse dever.

Com efeito, melhor é o ensinamento de Fernando Noronha, segundo o qual a responsabilidade civil consiste nas:

obrigações que visam a reparação de danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico, e ainda dos danos que, embora causados a alguém ligado ao lesante por um negócio jurídico, ainda sejam resultado da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios, preexistentes a esse negócio.⁴

Outra definição, mais suscinta, é a que responsabilidade civil é a “*reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado*”.⁵

A maioria dos civilistas ensina que a responsabilidade civil tem três funções: reparatória, sancionatória e preventiva. A primeira é a de reparar um dano, por isso é também chamada de função indenizatória, ressarcitória ou compensatória. A segunda é a de punir o ofensor, enquanto a terceira é a de dissuadir o ofensor de repetir a conduta ilícita que gerou o dano.

Classicamente a responsabilidade civil é dividida em duas: contratual (ou negocial) e extracontratual (ou extranegocial). A primeira seria a existente em razão de ilícito oriundo de um contrato, enquanto a segunda seria a consequência de transgressão do dever geral de cuidado⁶.

Quanto a essa divisão, embora não seja estanque, a caracterização no caso concreto de responsabilidade contratual ou extracontratual possui algumas consequências, tais como: na primeira o simples inadimplemento gera presunção de culpa, enquanto na segunda a vítima deve provar a culpa do ofensor; na segunda a reparação pelo dano será integral, enquanto na primeira as partes podem contratar cláusula de limitação de responsabilidade; na primeira a mora ocorre automática-

⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 430.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p; 162.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 31.

mente com a fluência do termo sem adimplemento ou mediante interpelação, enquanto na segunda a mora se dá a partir da data do fato danoso⁷.

1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os artigos e as definições supracitadas são suficientes para extrair os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, o dano, o nexo causal entre os dois e o nexo de imputação.

Preliminarmente cabe apontar que um ilícito só é possível por meio de uma conduta e esta é o “*comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas*”⁸. A conduta pode se dar por uma conduta positiva, a ação, ou negativa, a omissão.

Qualquer ato ilícito é espécie, cujo gênero é o fato jurídico. Este, por sua vez, é definido por Pontes de Miranda como “*o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica: portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica*”⁹.

Obviamente, ao se tratar de ilícito, a origem desse tipo de ato é a violação de uma obrigação jurídica preexistente. Porém, é importante registrar que o ato ilícito não é um tipo de ato jurídico, eis que este último se caracteriza pela exteriorização consciente de vontade, enquanto naquele o resultado possa se dar contra a vontade do agente, desde que lhe possa ser imputada¹⁰.

Assim, conclui-se com Marcos Bernardes de Mello que ilícito é “*fato, conduta ou evento contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual*”¹¹.

Dessa sintética definição se extraem dois elementos do ilícito: a contrariedade do direito, ou antijuridicidade, e a imputabilidade. O primeiro é objetivo, pois existe

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 96-98.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 38.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – volume 1**. Campinas: Bookseller, 1999. p.126.

¹⁰ FARIAS, op. cit., p. 166.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.230.

quando o fato contraria o ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura.

Urge salientar que a antijuridicidade pode se configurar no fato em si mesmo ou nas suas consequências. É o que ocorre, exemplificativamente, com o abuso de direito definido pelo art. 187 do Código Civil: a pessoa atua formalmente de acordo com a regra jurídica, mas materialmente acaba por ofender as finalidades do ordenamento jurídico¹².

O segundo elemento do ilícito, a imputabilidade, é subjetivo. Dele se extrai que o agente do comportamento antijurídico só responderá pelo ilícito caso se possa atribuí-lo a ele.

No ordenamento jurídico brasileiro há dois fundamentos de imputabilidade: a culpa *lato sensu* e o risco. Contudo, o debate sobre qual delas seria a regra não tem relevância para o presente trabalho, portanto, não será tratado.

De outra sorte, cabe apontar que a incapacidade civil, definida pelos arts. 3º e 4º do Código Civil impede que o agente do comportamento antijurídico responda por ele e transfira a imputabilidade para terceiro, consoante art 932, I e II do mesmo diploma legal.

No tocante aos dois fundamentos da imputabilidade a análise será realizada separadamente, em razão de sua importância.

Por fim, registre-se que a relação entre o ilícito e a responsabilidade civil é de gênero e espécie, posto que o dano não é elemento fundamental do ilícito e que a obrigação de repará-lo é apenas uma das possibilidades diante do ato ilícito.

O ilícito pode produzir outras eficácias, a saber: invalidar um negócio jurídico em razão de nulidade (art. 166 do Código Civil) ou anulabilidade (art. 171 do Código Civil); ensejar a perda de direitos, como no caso do herdeiro que sonega bens ao não levá-los à colação, perdendo o direito que eventualmente tivesse sobre eles (art.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 166/167.

1.992 do Código Civil); autorizar a parte inocente a exercer direito potestativo, como o doador que poderá demandar a revogação da doação em razão da ingratidão do donatário (art. 557 do Código Civil)¹³.

Não obstante inexistir uma definição legal de dano, sinteticamente pode-se dizer que ele é a lesão a um bem jurídico.

Para ser ressarcível ele deve ser certo, ou seja, determinado ou determinável, e atual, o que significa que, em regra, não se indeniza danos futuros¹⁴. Ademais, só será ressarcível o dano que corresponder a um interesse socialmente tido como sério e útil¹⁵.

Tradicionalmente se divide o dano em material ou patrimonial e moral ou extrapatrimonial, sendo que os demais tipos seriam apenas subespécies destes dois.

Dano patrimonial é aquele sofrido pela vítima em seu patrimônio¹⁶, sendo este entendido como o conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente¹⁷. Existem três espécies de dano patrimonial: o emergente, os lucros cessantes e a perda de uma chance.

O dano emergente é positivo, pois se traduz na efetiva perda de patrimônio. Exemplificando, em um acidente automobilístico seria o valor para repor o valor anterior do veículo¹⁸.

Os lucros cessantes são um dano negativo, pois se trata daquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, conforme previsto no art. 402 do Código Civil. Urge salientar que o artigo seguinte constata a existência uma relação de causalidade direta e imediata com a conduta danosa, não bastando que esta seja causa indireta

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 181.

¹⁴ TEPEDINO *et alii*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Volume III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar: 2011. p. 338

¹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 475.

¹⁶ FARIAS, op. cit., p. 283.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 95.

¹⁸ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 28.

ou remota dos lucros cessantes de vítima. O legislador buscou, desse modo, evitar a reparação de danos meramente hipotéticos¹⁹.

A terceira espécie, desenvolvida mais recentemente, é a perda de uma chance. O referido instituto guarda certa relação com o lucro cessante e é oriundo da França. Esse tipo de dano se caracteriza quando, em virtude da conduta de outrem, a vítima vê perdida uma oportunidade de obter um benefício futuro ou evitar um prejuízo.

De maneira sucinta, a perda de uma chance ocorre, por exemplo, quando um médico erra quanto ao diagnóstico ou tratamento e a pessoa sofre algum dano irreversível. O dano é causado diretamente pela doença e não pelo erro médico. Entretanto, o erro fez com que o paciente perdesse a chance de ser curada.

Ela se situa, segundo ensina Kfoury Neto, numa zona limítrofe entre o certo e o incerto: não é possível saber se a vítima teria evitado uma perda ou obtido um ganho caso a conduta que a fez perder essa chance não tivesse ocorrido²⁰.

A indenização, nesta última espécie de dano patrimonial, é invocada não pela perda da possibilidade de obter benefício ou evitar prejuízo futuros, mas pelo próprio prejuízo sofrido ou pelo benefício que não foi obtido. Assim, para a perda de uma chance ser indenizável, esta deve ser séria e real.

Exemplo mais famoso de perda de uma chance é aquele tratado no REsp 788.459/BA. Trata-se de ação ajuizada por candidata do programa televisivo “Show do Milhão”. Ela já havia ganhado R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), podendo dobrar o valor se acertasse mais uma pergunta. Entretanto, se errasse perderia tudo.

Em cada pergunta a candidata possuía quatro alternativas para escolher como a correta. Porém na última questão nenhuma das alternativas que lhe foram dadas eram corretas. Como a candidata deveria escolher a resposta correta entre qua-

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 291.

²⁰ KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 243.

tro alternativas, o Superior Tribunal de Justiça arbitrou a indenização por perda de uma chance em $\frac{1}{4}$ de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Muitos civilistas ainda apontam a existência do dano reflexo ou por ricochete, que seria aquele que atinge outras pessoas ligadas àquele que é vítima imediata do ilícito. O exemplo mais usado é aquele do agente causador da morte de uma pessoa com filhos. Estes seriam as vítimas mediatas do ilícito.

Para Venosa, o dano reflexo em regra não é indenizável, com a exceção de situações semelhantes a do exemplo acima, quando os filhos são dependentes econômicos do falecido²¹. Já para Noronha²², Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto²³ todos os danos de um ilícito, inclusive os reflexos, devem ser indenizados.

O dano moral é a “*violação do direito à dignidade*”²⁴. Com efeito, ele não possui relação com a dor, a mágoa ou sofrimento da vítima (imediate ou mediata), já que estes são consequências da lesão e não ela em si mesma²⁵. Ou seja:

o dano moral surgirá objetiva e concretamente no momento em que este bem existencial é afetado, independente da maior ou menor repercussão em termos de dor ou consternação experimentados por cada pessoa que sofra abstratamente a mesma agressão²⁶.

Nesse diapasão, é de bom alvitre registrar que a expressão latina “*in re ipsa*”, usada quando no tocante ao dano moral, não significa que seria desnecessário provar a existência da violação do direito à dignidade, pois isso representaria a ausência de necessidade em provar a existência do próprio dano moral. O que esta expressão significa é que não é necessário provar a existência de dor ou mágoa, pois elas são intrínsecas a qualquer violação do direito à dignidade.

²¹ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 299

²² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 291.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 106.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

²⁶ FARIAS, *op.cit.*, p. 333.

Exemplo mais corriqueiro de dano moral é aquele sofrido por quem tem seu nome inscrito em algum serviço de cadastro de devedores quando não há inadimplência real.

O dano moral se trata de um vasto assunto. Milhares de páginas já foram escritas para se discutir as suas funções, se ele é compensado ou indenizado, a desmonetização de sua reparação, seus tipos, incluindo os chamados “novos danos”. Contudo, tratar de todos esses institutos delongaria em demasia o presente trabalho e não traria reflexo substanciais ao seu objeto principal.

O nexa causal é um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil²⁷. Ele pode ser definido como “*um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano*”²⁸.

Definição mais técnica é a que define o nexa causal como “*a ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória*”²⁹. A qualificação da ligação entre a atividade antecedente e o dano como jurídica é importante, pois nem tudo que é considerado causa de um evento no mundo dos fatos assim será considerado no mundo jurídico³⁰.

Há inúmeras teorias que explicam com o nexa causal. Citaremos apenas as três mais populares.

A teoria da equivalência dos antecedentes é aquela segundo a qual causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Não há distinção entre a maior ou menor relevância que cada antecedente teve. Esta teoria é bastante falha, pois leva a uma regressão infinita do nexa causal. Assim, quem fabricou um veículo

²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 587.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 63.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de *et ali*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 457.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

também seria responsável pelo acidente causado por uma imprudência de quem estava dirigindo³¹.

De outra sorte, a teoria da causalidade adequada expõe que a causa de um dano é o antecedente, não só necessário, mas o adequado à produção do resultado. Ela se baseia na probabilidade do evento danoso. A *“causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.”*³²

Essa teoria recorre a uma prognose retrospectiva, ou seja, olha-se para o evento e todas as suas causas, retirando essas separadamente para descobrir qual delas, se não existisse, impediria o dano³³.

A crítica a ela é que ela não envolve um juízo concreto sobre a causa do dano, mas simplesmente uma avaliação abstrata baseada num juízo de probabilidade em razão da visão tradicionalmente subjetivista do ilícito³⁴.

Por fim, a teoria da causalidade direta e imediata é aquela segundo a qual só será considerada causa do dano aquilo que tiver com este uma ligação direta e imediata, conforme art. 403 do Código Civil. Seu problema é ser demasiadamente rígida, eis que sua aplicação afasta qualquer tipo de indenização por danos reflexos.

Em face dessa rigidez foi desenvolvida a subteoria da necessariedade da causa, segundo a qual “o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa³⁵. Assim, os danos indiretos são passíveis de ressarcimento, desde que sejam uma consequência direta do ilícito. Segundo Tepedino, apesar da utilização de outras nomenclaturas, essa subteoria seria a adotada na prática pelos tribunais brasileiros.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 64.

³² Ibid, p. 65.

³³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 601.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58-59.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 69.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, fazem-se necessárias algumas palavras sobre concasualidade, excludentes do nexos causal, causalidade alternativa.

Surge a concausalidade sempre que após o surgimento de uma causa, outra aparece, unindo-se à primeira, modificando o resultado. Há, portanto, uma interferência na cadeia causal original.

A respeito da concausalidade, ensina Fernando Noronha³⁶ que na causalidade plural comum duas ou mais pessoas participam do fato causador do dano, sendo necessário auferir qual a participação exatada de cada uma para o resultado.

Já na causalidade plural concorrente há concorrência entre o fato do responsável com o fortuito, ou entre o primeiro e fato do lesado ou, então, há concurso do fato de vários pessoas.

Em razão do disposto no art. 942 do Código Civil a discussão sobre a concausalidade e a individualização dos fatos geradores do dano é algo que geralmente ocorre em ação regressiva, eis que há responsabilidade solidária entre os agentes.

Diferente é o que ocorre quando há concausa em que uma das causas é fato da vítima, o que deverá ser levado em conta na fixação de indenização, consoante art. 945 do Código Civil.

Prosseguindo o tópico, são excludentes do nexos causal o fortuito, força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

Há enorme controvérsia doutrinária sobre a diferença entre causa fortuita e força maior. O que determinado autor define como força maior outro conceitua como caso fortuito e vice-versa. Como essa distinção não tem relevância jurídica³⁷ o importante é que salientar que o nexos causal será excluído em qualquer dos dois casos, já que em ambos há um fato externo e inevitável à conduta do agente a que pode se atribuir como a causa necessária do dano.

³⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 638-652.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 472.

A externalidade como fator necessário ao fortuito ou força maior foi introduzido no direito brasileiro por Agostinho Alvim. Assim, para que existam um desses dois é necessário que a causa não tenha sido introduzida pelo organizador da atividade.

Nesse ínterim, se um ônibus sai da pista causando lesões a seus passageiros e o acidente foi causado por falha nos freios, não há fortuito ou força maior. Em sentido contrário, se o mesmo evento foi causado por um furação, há um fato externo que elide o nexo causal.

A inevitabilidade caracteriza um fato que pode até ser conhecido, mas seus efeitos são irresistíveis. Assim, ainda que uma tempestade de violentas proporções possa até ser prevista, mesmo assim não deixará de ser fortuito ou força maior.

Fato exclusivo da vítima é quando esta deu causa ao dano. Seria a conduta de quem anda em cima de um trem e sofre algum acidente. É importante salientar que a expressão “culpa exclusiva da vítima” para se tratar desse ponto é inadequada, pois não há discussão de culpa, mas sim de nexo causal.

O fato de terceiro, por sua sorte, é a interrupção do nexo causal em razão de conduta de outrem. Entretanto, para a existência dessa excludente é necessário que a conduta superveniente rompa o nexo causal entre a vítima e a causa inicial e por si só cause o resultado.

Por outro lado, o terceiro deve ser alguém que não possua qualquer ligação com a vítima ou o causador aparente do dano. Assim, não há de se falar em terceiro nos casos de responsabilidade por fato de outrem, como será demonstrado abaixo.

A causalidade alternativa é na verdade uma responsabilidade coletiva: há uma pluralidade de agentes e não se sabe qual deles deu causa ao dano. Exemplo clássico é um grupo de 10 caçadores com armas e munição idênticas e que efetuam disparos e um destes atinge um espectador. Se a vítima provar que buscou o agen-

te de todas as maneiras sem lograr êxito é impossível individualizar a conduta e o grupo responderá pelo dano³⁸.

Nexo de imputação é a “razão pela qual se atribui a alguém a obrigação de indenizar”³⁹. Sem adentrar na discussão sobre qual tipo de nexo de imputação seria a regra e qual seria a exceção, em geral se aponta que há dois nexos de imputação: a culpa *lato sensu* e o risco⁴⁰,

A doutrina mais moderna também registra que haveria outras forma de atribuição de responsabilidade, como a obrigação de indenizar pelo fato de terceiro, equidade, garantia, confiança ou pressuposição⁴¹.

Em sentido amplo a culpa abrange tanto a conduta intencional, dolosa, como a inobservância de um dever de cuidado, denominada de culpa em sentido estrito⁴². No dolo a conduta já nasce ilícita, pois a vontade se volta para a concretização de um resultado antijurídico, enquanto no segundo a conduta se torna ilícita pelo resultado⁴³.

Sem delongar demasiadamente, cabe apontar que a culpa em sentido estrito possui como elementos uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário; a previsibilidade do resultado por parte do agente e a falta de cuidado.

Este último elemento se caracteriza pela imprudência, negligência ou imperícia. A primeira é a falta de cautela por conduta comissa. A segunda, por sua vez, é a falta de cuidado por omissão. Por fim, a terceira é a falta de habilidade no exercício de técnica.

Com relação à culpa, tradicionalmente quanto à gravidade ela é dividida em levíssima, leve e grave: a primeira resulta de uma falta de atenção extraordinária,

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 486-487.

³⁹ *Ibid*, p. 493.

⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 472.

⁴¹ FARIAS, op. cit., p. 496.

⁴² VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 21-22.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas. 2014. p. 45-46

que só um perito poderia ter; na segunda o parâmetro é o standar do bom pai de família; o terceiro tipo é uma culpa grosseira ou consciente. Os diferentes graus de gravidade da culpa não excluem a responsabilidade civil, mas repercutem no valor da indenização, conforme art. 944, parágrafo único do Código Civil.

A responsabilidade civil fundada na culpa é denominada subjetiva.

Se tradicionalmente a culpa era o nexos de imputação por excelência, as dificuldades que surgiram para que a vítima demonstrasse a culpa do ofensor, especialmente em acidentes ferroviários e de trabalho, demonstraram que esse nexos de imputação não era suficiente para lidar com os ilícitos da vida moderna⁴⁴.

Assim, após um longo desenvolvimento jurídico, que teve como uma das fases a criação da figura da culpa presumida (quando há inversão do ônus da prova e o ofensor é quem deve demonstrar que sua conduta obedeceu ao dever de cuidado), chegou-se a um outro nexos de imputação: o risco. É a responsabilidade objetiva que, ao contrário da subjetiva, "*prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade*".⁴⁵

Na responsabilidade objetiva a culpa não é cogitada e se transfere ao suposto causador do dano a necessidade de provar algum dos excludentes do nexos causal listados acima.

Seu fundamento se encontra no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, segundo o qual "*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*"⁴⁶.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtrros à Diluição dos Danos**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 48.

⁴⁶ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em 20 de julho de 2015.

O enunciado normativo supracitado criou uma cláusula geral de risco como nexo de imputação para a obrigação de reparação. As inúmeras teorias do risco, contudo, não serão desenvolvidas no presente trabalho.

Destaca-se, apenas, a classificação doutrinária das modalidades de risco em administrativo, segundo Flávio Tartuce⁴⁷: criado, proveito, profissional, integral, dependente e concorrente.

Sobre a responsabilidade objetiva, cabe apenas apontar que ela se subdivide em dois tipos: a pura, já descrita acima, e a impura, sendo que esta modalidade existirá sempre que houver a necessidade de discussão sobre a culpa no antecedente para que a responsabilidade objetiva do consequente seja estabelecida⁴⁸. É o caso, exemplificativamente, da responsabilização do patrão por atos de seus empregados.

Como o substrato da responsabilidade objetiva impura é a culpa de terceiro⁴⁹, faz-se mister tecer algumas considerações sobre a responsabilidade civil por fato de outrem.

1.3 Responsabilidade civil pelo fato de outrem

Este tópico, certamente, é um dos assuntos mais complexos que envolve a responsabilidade civil, como testemunham vários autores⁵⁰.

A responsabilidade civil por fato de outrem ocorre sempre que alguém responde pelo dano causado por pessoa distinta do agente causador⁵¹. Se a responsabilidade subjetiva está calcada na culpa, em se tratando de responsabilidade civil por fato de outrem, predomina o critério objetivo⁵².

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco – A teoria do risco concorrente**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 240.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 562.

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 284.

⁵⁰ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

⁵¹ FARIAS, op. cit., p. 603.

⁵² LIMA, op. cit., p. 33.

Neste aspecto, as hipóteses excepcionais, segundo Alvino Lima, são taxativas⁵³. No ordenamento jurídico brasileiro se encontram os arts. 932, I a III, e 933 do Código Civil, segundo os quais os pais respondem pelos fatos dos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade. Tais dispositivos são idênticos à relação entre tutores ou curadores e seus pupilos ou curatelados.

Por fim, também os empregadores responderão por atos de seus empregados ou prepostos no exercício do trabalho, seguindo esta linha argumentativa.

A última hipótese é a que mais interessa ao desenvolvimento da presente monografia. A esse respeito, é importante frisar que preposto “*é aquele que presta serviço ou realizada alguma atividade por conta e sob direção de outrem*”⁵⁴, de maneira duradoura ou isolada.

Merece relevo a desnecessidade de relação empregatícia entre o empregador e o preposto. É suficiente, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que exista uma relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem, conforme verificado nos julgados REsp 304.673, REsp 284.586 e REsp 200.831.

Os problemas concernentes a esse tipo de responsabilidade civil por fato de outrem não serão estudados na presente monografia, salvo o que se refere ao erro médico. Sobre este tópico, o desenvolvimento dar-se-á no último capítulo. Cabe apenas apontar que eles podem ser verificados tanto nas relações contratuais como nas extracontratuais⁵⁵.

Outro tipo, menos tradicional de responsabilidade civil por fato de outrem, é o que surge em razão de uma cadeia de serviços, fundada nos arts. 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo Cláudia Lima Marques, é:

um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envol-

⁵³ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 33.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 247.

⁵⁵ LIMA, op. cit. p. 36.

vendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores⁵⁶.

Um pouco mais adiante, a jurista aduz que:

O segundo reflexo desta visualização da cadeia de fornecimento de serviços e produtos é a conexidade resultante dos vínculos contratuais, tantos os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas por uma finalidade de “fornecimento” (o que se denomina geralmente de “redes de contratos”), quanto do grupo eventual dos consumidores, unidos por uma finalidade “solidária” de consumo, por exemplo, em matéria de consórcios, seguros, planos de saúde e previdência privada (o que se denomina geralmente “contratos conexos”), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente de “grupo de contratos conexos”), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e os consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente “de grupo de contratos”), contratos normalmente também múltiplos ou pelo menos triangulares (por exemplo, contrato de banco múltiplo, contrato de compra e venda com financiamento, de time-sharing, de pacote turístico etc.). Larroumet alerta para a necessidade de se obter hoje uma visão de “conjunto contratual”, da pluralidade de vínculos e contratos em uma só relação, levando à extensão da responsabilidade e dos efeitos dos contratos. Este fenômeno da conexidade dos contratos tem a ver com a finalidade e com o objeto da relação de consumo, é uma visão real da multiplicidade e complexidade das atuais relações envolvendo consumidores e fornecedores⁵⁷.

Neste caso, para a responsabilização de todos os integrantes de uma cadeia de serviços, deve ser apurada a responsabilidade de algum deles, existindo solidariedade entre os demais agentes por imputação legal oriunda do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a solidariedade entre os integrantes de uma cadeia de serviço explica a mesma jurista:

A organização da cadeia de fornecimento de serviços é responsabilidade do fornecedor (dever de escolha, de vigilância), aqui pouco im-

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 334.

⁵⁷ Ibid., p. 340.

portando a participação eventual do consumidor na escolha de alguns entre os muitos possíveis⁵⁸.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a solidariedade dos fornecedores de determinada cadeia de serviços na indenização da vítima pelo dano causado por algum deles, com base nos arts. 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Foi o caso, por exemplo, julgado no REsp 1.077.911/SP, envolvendo contrato de seguro em que a corretora reteve indevidamente a documentação e a seguradora não emitiu a apólice, sendo que o consumidor já havia assinado o contrato e adimplido com a primeira parcela do contrato quando seu veículo foi furtado. A seguradora quis se eximir de ser responsabilizada com argumento de que o contrato não teria se formalizado sem qualquer culpa de sua parte. Entretanto, o STJ decidiu que havia solidariedade entre ela e a corretora, por existir uma cadeia de serviços.

O julgado supracitado corrobora com a conclusão ilustrada anteriormente: a mais importante consequência da configuração de uma cadeia de serviços, no que concerne à responsabilidade civil, é a da solidariedade entre os participantes dessa cadeia. Tal noção será fundamental posteriormente.

⁵⁸ BENJAMIM, Antônio Herman *et alli*. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.249.

2 A Responsabilidade Médica

O objetivo deste capítulo é definir juridicamente a atividade médica para em seguida analisar o erro médico.

A atividade médica é entendida como a sequência de atos coordenados com o objetivo de tratar a saúde do paciente⁵⁹. Aguiar Dias ensina que ao tratar um paciente, o médico tem cinco deveres: conselhos, cuidados, obtenção do consentimento informado, abstenção de abuso ou desvio de poder e de sigilo⁶⁰.

O primeiro dever, de conselhos, ou de informação, significa que o médico deve instruir o paciente a respeito dos cuidados que deve ter para recuperar a saúde ou não piorar sua enfermidade⁶¹.

O dever de cuidados traduz-se na obrigação de continuidade do tratamento quando se estabelece a relação médico-paciente, que só deixa de existir em casos bem específicos, como acordo mútuo ou motivo de força maior⁶².

Já a necessidade de obtenção de consentimento informado, traduz o dever do médico em informar o paciente a respeito do tratamento a ser adotado e seus riscos. Quanto mais arriscado um procedimento, maior a obrigação do profissional em informar corretamente seu paciente.

Veloso de França aduz que o dever de informação é corolário da autonomia da vontade. Assim, o paciente deve ser informado a respeito do tratamento a ser seguido ou das intervenções a serem realizadas, seus riscos e suas consequências.

Urge salientar que o consentimento não pode ser obtido por meio de simples assinatura após a leitura de formulário-padrão⁶³. A informação também deve ser clara quanto às vantagens e desvantagens do tratamento a ser empregado, bem

⁵⁹ AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 121.

⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 337.

⁶¹ Ibid., p. 337.

⁶² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 253.

⁶³ Ibid. p. 250.

como o prognóstico esperado, salvo no caso de possibilidade de afetação psicológica do paciente⁶⁴. Nesse ínterim, quando o prognóstico for o falecimento do paciente, o art. 59 do Código de Ética indica que a comunicação deve ser feita ao responsável.

Por outro lado, sempre que houver alterações significativas na terapia adotada pelo médico, este profissional deve obter novo consentimento, pois a permissão dada anteriormente não abarca toda e qualquer conduta médica. No mesmo sentido, o paciente pode revogar o seu consentimento a qualquer momento, pois este não é um ato inexorável⁶⁵.

Ensina Ruy Rosado que o consentimento informado só será dispensável em casos de urgência nos quais não é possível obtê-lo ou nas hipóteses de atuação compulsória⁶⁶.

Por fim, com relação ao dever de informação, o médico deve manter um prontuário com todas as informações concernentes ao paciente, e não apenas informações gerais. Ademais, não pode sonegar qualquer informação a respeito do paciente de outros médicos que estejam participando do tratamento⁶⁷.

Quanto ao dever de abstenção do abuso ou do desvio de poder, o objetivo é que o médico não tenha o direito de se exceder na utilização de meios terapêuticos mais arriscados para obter cura do paciente. Outra consequência deste dever é que o médico deve se abster de delegar certas práticas a enfermeiros ou estudantes de medicina se não os supervisionar.⁶⁸ A experiência de novos tratamento sem que haja necessidade também é considerado abuso de poder⁶⁹.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.90.

⁶⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 251.

⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

⁶⁷ FRANÇA, op. cit., p. 251-2.

⁶⁸ Ibid., 2014, p. 255.

⁶⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 343.

Por fim, segundo Aguiar Dias, o dever de sigilo se traduz na proibição do médico em divulgar para terceiros informações recebidas do paciente ou descobertas no exercício da atividade médica⁷⁰.

Veloso França, por sua vez, elenca o dever de atualização, que é a obrigação do profissional em se aprimorar continuamente, estudando os conhecimentos mais recentes de sua área de atuação, inclusive novas técnicas e novos tratamentos⁷¹.

Por fim, cabe apontar que a relação médico-paciente também é regida pela boa-fé objetiva. Assim, o médico que age de modo desinteressado e pouco zeloso com seu paciente poderá ser responsabilizado⁷².

A natureza jurídica do vínculo que une o médico ao paciente já foi muito discutida no Brasil, mas se considera que este tema está superado em razão pois em regra a relação entre eles é contratual⁷³.

Entretanto, nem toda relação entre médico e paciente é contratual, pois o vínculo entre eles será extracontratual quando, na ausência de um contrato, “as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência”⁷⁴. Exemplo clássico disso é quando durante uma viagem de avião um médico que seja passageiro presta socorro a passageiro que passa mal em pleno vôo.

Não há consenso, porém, sobre a natureza jurídica deste contrato. Há quem sustente que se trate de prestação de serviços; outra parte da doutrina ensina que é

⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 346.

⁷¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 252.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 900

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.84.

⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf . Acesso em 21 de julho de 2015.

simplesmente um contrato *sui generis*. Krieger Filho aduz que o contrato entre o médico e o paciente é bilateral, oneroso, consensual e comutativo⁷⁵.

Tradicionalmente as obrigações contratuais se dividem em duas: as de meio e as de resultado. No primeiro caso, o contratado deve empregar todos os meios para o alcançar o resultado desejado pelo contratante. É o que ocorre, por exemplo, na prestação de serviços advocatícios. O advogado não é obrigado a alcançar sucesso processual, mas a empregar com diligência a técnica jurídica para tentar realizar o pedido de seu cliente.

Nas obrigações de resultado, ao contrário, caso o objeto do contrato não seja cumprido, restará caracterizado o inadimplemento. Dessa espécie é o contrato de transporte: o contratado não se obriga apenas a usar de toda a sua diligência para levar o contratante ao lugar que este deseja, mas sim a simplesmente levá-lo ao seu destino com segurança.

Entretanto, é de bom alvitre registrar que essa divisão, embora útil, não é estanque. É possível que em um contrato cujo objeto é uma obrigação de meio haja obrigações anexas de resultado. Assim, embora ao advogado não exista uma obrigação de garantir o bom resultado de um processo, quanto aos prazos peticionais, por exemplo, a obrigação é de resultado.

Ademais, o fato de uma obrigação ser de resultado não significa que o contrato possa ser considerado adimplido em qualquer caso, pois cabem ao contratado e ao contratante respeitar os deveres contratuais laterais. Assim, quem contrata serviço de transporte aéreo deseja, por exemplo, pontualidade e conforto.

A consequência mais importante desta divisão na apuração de eventual erro médico é que os dois tipos de obrigações significam dois tipos diferentes de ônus da prova: na obrigação de resultado, a não obtenção deste faz presumir o inadimplemento contratual. Já na obrigação de meio o contratante deve provar que o

⁷⁵ KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Aspectos da Responsabilidade Civil Médica na Atualidade**. Disponível em <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246969476.PDF> . Acesso em 16 de julho de 2015.

contratado não empregou todos os meios para o alcançar o resultado desejado pelo contratante.

Segundo clássica lição de Aguiar Dias, o objeto da conduta médica “*não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de serviços conciosos, atentos*”⁷⁶. Assim, o médico deve aplicar zelosamente todo o seu conhecimento técnico e empreender todos os esforços para buscar a cura do paciente.

Tal regra tem exceções. A mais famosa dela é a cirurgia plástica com fins estéticos, isto é, embelezadora⁷⁷. Segundo doutrina e jurisprudência majoritárias a cirurgia estética traduz uma obrigação de resultado. Tal classificação, entretanto, não é pacífica. Hidelgard Taggesell Giostri, por exemplo, defende que mesmo nas cirurgias embelezadoras haveria um elemento de imprevisibilidade que impede que ela possa ser considerada de resultado⁷⁸.

Tal posição é minoritária, pois embora realmente haja esse elemento, ao contratar médico para realizar cirurgia embelezadora busca o resultado e não o emprego da diligência pelo profissional. Outrossim, a existência de elementos imprevisíveis pode ocorrer em qualquer tipo de relação contratual e a responsabilidade pelo inadimplemento, caso ocorra por essa razão, poderá ser afastada nos casos de fortuito e/ou força maior externos.

2.2 O erro médico

O erro médico, nos dizeres de Hidelgard Tagesell Giostri, é uma falha no exercício da profissão que resulta em um resultado mau ou adverso⁷⁹. Em outras palavras, segundo Veloso de França, “*é uma forma de conduta profissional inad-*

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 343.

⁷⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 71.

⁷⁸ GIOSTRI, Hidelgard Taggesell. **Erro Médico à luz da jurisprudência comentada**. 4ª ed., Curitiba: Juruá: 2004. p.136.

⁷⁹ Ibid., p.136.

*quada que supõe um inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente*⁸⁰.

Aguiar Dias o subdivide em erro de técnica, de diagnóstico, de prognóstico, condutas simplesmente inapropriadas ou iatrogenia⁸¹, sendo que nem todos geram responsabilidade.

O erro de técnica ou de tratamento é aquele que ocorre após o diagnóstico, quando o médico adota os procedimentos, inclusive os secundários, que entende necessários para a recuperação da saúde do paciente⁸². Aguiar Dias ensina que para restar configurado o erro de técnico é necessário que o profissional aja com desprezo ou desconhecimento dos seus deveres e que sua culpa seja grave⁸³.

O diagnóstico é a “*determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas*”⁸⁴, o que, indubitavelmente, terá consequência na escolha do tratamento mais adequado. O consenso doutrinário é que apenas um erro de diagnóstico grosseiro gera a responsabilidade civil do médico, consoante Kfourri Neto⁸⁵, Aguiar Dias⁸⁶, Chaves, Rosenvald, Braga Netto⁸⁷ e Rizzardo⁸⁸.

No erro de diagnóstico não é o erro em si o objeto do exame do magistrado, e sim se o modo pelo qual se chegou ao diagnóstico foi o correto. Assim, um médico que não tenha recorrido a todos os meios à sua disposição para realizar um diagnóstico, como exames laboratoriais, comete erro⁸⁹.

Prognóstico é a indicação de um provável resultado do tratamento. Também neste caso para gerar responsabilidade o erro deve ser grosseiro.

⁸⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 258-259

⁸¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 353-359.

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 334.

⁸³ DIAS, op. cit., p. 353.

⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

⁸⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 102.

⁸⁶ DIAS, op. cit., p. 354.

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p; 901

⁸⁸ RIZZARDO, op. cit., p. 332.

⁸⁹ KFOURI NETO, op. cit., p. 103.

Já as condutas simplesmente inadequadas são erros menores, como o preenchimento inadequado de prontuários e não geram responsabilidade civil médica.

Por fim, a iatrogenia é a lesão previsível ou sequela do tratamento, sendo um dano necessário e esperado que resulta da conduta médica. Como há previsibilidade a respeito da lesão ou sequela e porque estas não são resultados de erro, não há responsabilidade civil.

Por fim, já que alguns tipos de erro só geram responsabilidade civil caso sejam grosseiros, cabe delimitar que esse tipo de erro é aquele imperdoável, que indica que a conduta médica foi desprovida das mínimas condições profissionais, sem as precauções conforme a ciência médica. É o caso do anestesista que causa dano a um paciente por causa de uma superdosagem⁹⁰.

Em sentido contrário, escusável é o erro que decorre de falhas não imputáveis ao médico. Nesse caso o erro pode resultar das limitações do conhecimento médico ou por informações erradas passadas ao médico pelo paciente. Qualquer profissional o cometeria nas mesmas condições. É o erro, por exemplo, cometido pelo médico que não disponha de aparelhos que lhe permitiriam realizar o diagnóstico com precisão⁹¹.

No capítulo anterior restou demonstrando que, em regra, a relação entre médico e paciente é contratual. Nesse ínterim, é importante registrar que tal relação é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo ensina Rizzardo⁹². Com efeito, o paciente é destinatário final dos serviços prestados pelo profissional médico, sendo, portanto, preenchidas as delimitações impostas pelos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, Krieger Filho aponta que há exceções, como o médico que atende pessoa até mesmo sem a anuência do enfermo, em caso de estado de necessidade.

⁹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 83.

⁹¹ AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 132.

⁹² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 337

Assim, nestes casos não há relação de consumo e a relação deve ser analisada sob a ótica do Código Civil⁹³.

Como em regra a relação entre profissional e paciente é contratual e de consumo, a responsabilidade civil do médico deve ser analisada sob a ótica do Direito do Consumidor.

Apesar da existência de relação de consumo entre médico e paciente, a regra geral da responsabilidade civil do primeiro não é objetiva, por expressa disposição legal. Com efeito, o art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente que *“a responsabilidade pessoal de profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”*.

Assim, optou o legislador por submeter a atividade de profissionais liberais, como médicos, ao regime da responsabilidade subjetiva. Segundo Sanseverino, tal opção se deu em razão da natureza peculiar das atividades do profissional liberal, já que o regime da responsabilidade objetiva geraria um custo elevado para o exercício da atividade. Por outro lado, a atividade prestado por este tipo de profissional normalmente envolve uma relação de confiança que diminui a desigualdade existente nas relações de consumo⁹⁴.

Kfoury Neto aduz que responsabilidade médica sem a necessidade de culpa do profissional fomentaria a despersonalização nas relações entre médico e paciente⁹⁵ e que a atividade médica não gera, em regra, riscos, pois seu objetivo é a recuperação da saúde⁹⁶.

Entretanto, a responsabilidade subjetiva do profissional liberal não afasta a incidência do restante do Código de Defesa do Consumidor e dos institutos

⁹³ KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Aspectos da Responsabilidade Civil Médica na Atualidade**. Disponível em <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246969476.PDF> . Acesso em 16 de julho de 2015.

⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 197.

⁹⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

⁹⁶ Ibid., p. 72.

peculiares a este microssistema normativo⁹⁷. Portanto, são possíveis os seguintes mecanismos processuais: a inversão do ônus da prova; o ajuizamento de ação no domicílio do consumidor; bem como a observância de um prazo prescricional maior que o previsto no Código Civil, conforme arts. 6, VIII, 101, I e 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Características comuns das profissões liberais, como o exercício da medicina, da advocacia, da odontologia, da psicologia, da contabilidade, entre outros, são a prestação de serviços técnicos ou científicos especializados, após formação com as mesmas características, o vínculo de confiança entre o profissional e o cliente, a ausência de subordinação entre o profissional e o terceiro e o exercício permanente da profissão⁹⁸.

Assim, como o exercício da medicina é, em regra, uma profissão liberal, o médico só será responsabilizado por erro de maneira subjetiva. Ou seja, devem existir simultaneamente uma conduta ilícita, o dano, o nexo causal entre os dois e o nexo de imputação, no caso, a culpa.

Questão controversa é a da existência ou inexistência de responsabilidade subjetiva do médico empregado de uma clínica ou hospital.

Para Cavalieri Filho, a resposta é negativa. Para o jurista, a exceção criada pelo art. 14, §4º do Código de Defesa de Consumidor se restringe à responsabilidade pessoal do profissional liberal, e não favoreceria uma pessoa jurídica que empregasse médicos ou mesmo uma sociedade constituída apenas por esse tipo de profissional⁹⁹.

Ressalta-se, nesse contexto, que um erro médico pode trazer dois tipos de responsabilidades diferentes: uma quanto ao próprio médico e outra quanto ao hospital.

⁹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 203.

⁹⁸ Ibid., p. 198.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 432.

A responsabilidade do hospital será analisada de maneira mais aprofundada no próximo capítulo, mas é importante registrar que a posição supramencionada merece ressalvas.

Com efeito, um médico pode até ter relação empregatícia com um hospital e estar sob subordinação deste, mas não há subordinação técnica entre os dois¹⁰⁰.

A pessoa jurídica não tem capacidade de receber o paciente e realizar, nele, uma consulta médica. Tampouco diagnosticá-lo, prescrever-lhe um tratamento, realizar cirurgias ou praticar qualquer outro ato médico no enfermo.

A posição em tela acarreta graves dificuldades. Exemplificativamente, se um médico atende pela manhã no hospital em que é empregado e, à tarde, na clínica em que é um dos sócios, o mesmo tipo de ato geraria uma responsabilidade objetiva se praticado no período matutino e subjetiva se realizado no período vespertino.

Em sentido contrário, o exercício da medicina é sempre uma profissão liberal, caracterizada pela ausência de subordinação técnica mesmo quando o médico é empregado ou sócio de um hospital. Este último tem poder de direção sobre a jornada do profissional e questões semelhantes, mas não interfere nos seus diagnósticos e nos tratamentos que ele indica para seus pacientes.

Eventual responsabilidade do hospital não transforma a responsabilidade do médico de subjetiva em objetiva, independentemente da relação jurídica existente entre ele e o hospital. Quem causa o dano é o médico por meio de uma conduta culposa, como será analisado abaixo. Assim, é a conduta do profissional que deve ser analisada em primeiro lugar, e não a relação entre ele e o hospital.

Os pressupostos da responsabilidade civil já foram analisados no primeiro capítulo. Cabe apontar que do erro médico podem surgir danos materiais ou morais (incluindo os estéticos). As questões específicas quanto à culpa médica e à sua prova serão analisadas abaixo.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p; 906.

Preliminarmente, cabe apontar que a culpa é tratada no seu sentido estrito, ou seja, não é necessária a intenção do médico em lesar o paciente, pois isto seria dolo. Assim, basta que a conduta do profissional esteja em desacordo com a observância ao dever de cuidado ou simplesmente seja omissiva para, em tese, ensejar a sua responsabilidade civil.

O médico, conforme ensinamento de Rui Stoco:

é o guardião da vida, o protetor e responsável pela saúde física e mental das pessoas. Dele se exige correção, dedicação e até mesmo perfeição muito maior do que dos demais profissionais, pois o seu erro poderá importar em uma vida a menos e conduzir ao sofrimento, à dor, à angústia e à perda irreparável¹⁰¹.

Portanto, sua conduta deve ser compatível com a responsabilidade que detém. Teresa Ancona Lopez enumera os princípios gerais para a avaliação da culpa médica¹⁰²: o erro de diagnóstico só gerará responsabilidade se for grosseiro; o clínico geral deve ser tratado de maneira benevolente em relação ao especialista; o consentimento do paciente em casos de risco de mutilação ou de vida é essencial, como também o é em casos de tratamentos que gerem sequelas; o médico não deve praticar cirurgias desnecessárias, mas possui a faculdade de, havendo risco de morte, mutilar o paciente; e, por fim, o profissional deve sempre avaliar a margem de sucesso do tratamento.

A negligência médica, ensina Genival Veloso de França, é caracterizada pela inação, indolência, inércia, passividade. Trata-se, portanto, de conduta omissa fundada numa falta de cuidado¹⁰³.

É o caso, por exemplo, do médico que abandona o paciente sem chegar ao fim do tratamento; omite do enfermo a terapia prescrita; não encaminha ou retarda o encaminhamento do paciente para profissional da especialidade adequada etc.

¹⁰¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**, 7. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 555.

¹⁰² Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

¹⁰³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 260

Outros casos clássicos de negligência médica são o esquecimento de material no corpo do paciente durante uma cirurgia ou o procedimento na parte errada do paciente, como ocorre quando, ao invés de operar o joelho esquerdo, o médico opera o direito.

Também age com negligência o profissional que não realiza o histórico do paciente de maneira adequada. São os casos cada vez mais comuns de consultas de pequena duração em que o médico faz poucas perguntas e já receita um tratamento, muitas vezes inadequado, para o paciente.

Imperícia, por sua vez, é a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, a falta de observância de normas, o despreparo prático¹⁰⁴. É a carência de aptidão para o desempenho de tarefa técnica¹⁰⁵. Ou ainda a ignorância, inabilidade ou incompetência na arte ou profissão¹⁰⁶.

De outra sorte, imprudência é uma conduta comissiva e se caracteriza por atitudes açadas ou insensatas, sem o uso da cautela¹⁰⁷. Ilustrativamente, age de maneira imprudente o médico que aplica injeção de penicilina sem saber se o paciente é alérgico, causando-lhe danos.

Há grande controvérsia doutrinária sobre a distinção entre imperícia e imprudência médica. A primeira corrente, encabeçada por Veloso de França, afirma que não é possível um médico praticando uma conduta imperita, já que, se o profissional é legalmente habilitado para exercer a medicina, preexiste a perícia necessária para exercer seu ofício¹⁰⁸.

A segunda corrente refuta a ideia supramencionada. Ênio Santarelli Zuliani aduz que:

verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na Faculdade de Medicina) para a nobilíssima

¹⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 110.

¹⁰⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 267.

¹⁰⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 71.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, op. cit., p. 108.

¹⁰⁸ FRANÇA, op. cit. p. 267.

tarrafa, atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada, a qual chega com 'fratura exposta', é imperito, porque o procedimento é adequado para 'fratura fechada', e, em casos assim, a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo STJ (REsp 228.199/RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.2000)¹⁰⁹.

Esta segunda corrente apresenta-se como a mais acertada, pois encontra fundamento no art. 1º do Capítulo III do Código de Ética Médica, dispositivo este que faz referência explícita a atos médicos caracterizados como imprudentes.

Ademais, o fato do profissional ter sido considerado habilitado ao exercício da medicina não significa que ele nunca possa ter condutas imperitas.

Com efeito, o que se avalia nos casos de responsabilidade civil é a conduta, que pode ser imperita caso o médico mostre, na prática, falta de observância das normas técnicas da medicina. Assim, é imperito o médico que não possui entendimento sobre aquilo que obrigatoriamente deveria conhecer.

Miguel Kfoury Neto ensina que a imprudência seria sempre consequência da imperícia, pois o médico age mesmo sabendo que não tem a capacidade técnica necessária para tanto. Sem embargo, o jurista cita Manzini, para quem tal relação não é necessária, embora a primeira possa derivar da segunda¹¹⁰.

Mais escorreita é a posição de Avecone, melhor exposta por meio do seguinte exemplo: o cirurgião opera sem esterilizar o bisturi. Se não conhece o risco da infecção, será imperito; se o conhece, mas ainda assim continua com a operação, será imprudente.¹¹¹

A análise de erros médicos em razão de imperícia do profissional são complexos e sempre deve ser realizada com auxílio de especialistas na área técnica analisada. É usual os tribunais só considerarem a imperícia médica como geradora da responsabilidade civil em caso de erro grosseiro.

¹⁰⁹ Apud MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 71.

¹¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

¹¹¹ Ibid. p. 110

Neste cenário, cabe registrar algo já implícito na exposição acima: não existe erro médico sem a conduta culposa do profissional. Por certo, é isso que determina o ordenamento jurídico pátrio por meio dos arts. 951 do Código Civil e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro dispositivo do referido *Codex* menciona expressamente a existência dos três tipos de culpa anteriormente analisados, enquanto o segundo é claro, como já mencionado, ao determinar que a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Como consequência, não é possível analisar eventual responsabilidade do hospital sem antes apurar a responsabilidade do médico que cometeu o erro. Isto é, trata-se da responsabilidade objetiva impura, pois é necessário apurar a presença de culpa no antecedente para que a responsabilidade objetiva do consequente seja estabelecida.¹¹²

Ainda merece crítica a corrente liderada por Cavalieri Filho, pois seu posicionamento tem como consequência transmudar a atividade médica, que, em regra é uma obrigação de meio, em obrigação de resultado.

O equívoco desta corrente se concentra no entendimento de que se trata de uma obrigação de resultado pelo simples fato do paciente ser atendido por profissional empregado do hospital, quando ordinariamente não se pode exigir obrigação contratual assumida é cura do paciente.

Assim, restando demonstrado que para a caracterização do erro médico é imprescindível a presença de culpa, faz-se mister analisar a dificuldade probatória encontrada pelos pacientes, bem como a eventual legalidade da cláusula de não indenizar e a possibilidade de indenização pela perda de uma chance.

Historicamente, a responsabilidade civil do médico evoluiu de uma total ausência de imputação de obrigação, passando pela responsabilização do

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 562.

profissional em caso de erro grosseiro, até o estado atual, onde qual qualquer dano causado por culpa é passível de indenização¹¹³.

A corrente majoritária contemporânea, à respeito deste instituto, é a de que o médico não pode ser responsabilizado no caso do tratamento não alcançar o resultado, a cura. Por outro lado, cabe à vítima provar a culpa do profissional, existindo uma presunção de que a conduta médica foi adequada¹¹⁴.

Contudo, provar um erro médico é algo que permanece dificultoso. Deveras, em matéria probatória o erro médico traz duas dificuldades: uma na produção da prova e outra relacionada à complexidade da prova em si mesma.

Quanto à primeira, em regra, se o erro tem testemunhas eles são pessoas que trabalham com o médico que o cometeu ou são seus subordinados. Já com relação à segunda, ela surge porque a medicina não é uma ciência matemática e um problema de saúde pode ser abordado de diversas formas, não existindo, portanto, respostas únicas¹¹⁵.

Geralmente processos envolvendo erro médico envolvem perícia técnica, especialmente quando está presente a segunda dificuldade supracitada. Nesse caso, o magistrado deve valorar a prova pericial com prudência, em razão do possível espírito de classe que pode levar o perito a opinar favoravelmente ao colega¹¹⁶.

Por causa da dificuldade probatória em matéria de erro médico, ensina Miguel Kfoury Neto que o juiz deve agir para que as partes, especialmente o médico, tenham uma postura ativa na produção de provas. Deve o magistrado atuar para

¹¹³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 49.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 236-237.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014., p. 903.

¹¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 334.

evitar ocultação de dados, a reserva mental ou a intenção de qualquer das partes de distorcer ou ocultar fatos relevantes¹¹⁷.

A esse respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior aduz que o médico que não cumpre o pedido de exibição determinado pelo juiz faz com que este possa admitir “*como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima*”¹¹⁸.

Também não deve o magistrado se restringir às provas cuja produção requereu na decisão saneadora. Se existir necessidade no curso da demanda, ele deve deverá determinar de ofício a produção complementar de prova¹¹⁹.

A atividade médica normalmente é uma obrigação de meio, conforme já exposto acima. Isto é, o paciente deve provar a culpa do médico em qualquer um dos três tipos. Consecutivamente, a vítima deve provar o profissional não empregou todos os meios para o alcançar o resultado desejado pelo contratante.

Grande controvérsia existe com relação à possibilidade de inversão do ônus da prova em casos de erro médico.

Para Ênio Santarelli Zuliani, a dificuldade da vítima em provar a culpa médica, por questões financeiras ou em razão da complexidade do fato a ser investigado quando o resultado danoso que não é justificável.

Como exemplo, o jurista cita o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no AgIn 099.305.4-6 em que uma mulher ficou tetraplégica após algumas cirurgias para tratar uma dor que parecia típica de torcicolo¹²⁰.

Posição semelhante é defendida por Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Netto, para quem um dano grave sofrido pelo paciente em razão de

¹¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

¹¹⁸ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

¹¹⁹ KFOURI NETO, op.cit., p. 53.

¹²⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico**. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 43-66, maio 2003.

procedimento médico de baixíssimo risco gera a presunção de culpa do profissional¹²¹.

Também Cavalieri Filho defende a inversão do ônus da prova a prova da culpa médica é de grande complexidade técnica. Assim, pode o juiz utilizar o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor e determinar a inversão do ônus da prova, fazendo recair sobre o médico a necessidade de provar que agiu sem culpa¹²².

Alinham-se a esta posição Sílvia de Salvo Venosa¹²³, Fernanda Regina da Cunha Amaral¹²⁴, Voltaire de Lima Moraes, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹²⁵.

Em sentido contrário, Miguel Kfourri Neto entende que a admissão do inversão do ônus da prova no erro médico transformaria, na prática, a responsabilidade do profissional em objetiva e ele só se eximiria de ser responsabilizado caso prove algum excludente do nexo causal¹²⁶.

Ao argumento de Kfourri Neto, a resposta se concentra no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Este dispositivo não criou uma permissão geral que dê ao consumidor o direito de ser beneficiado com a inversão do ônus da prova. Com efeito, o dispositivo supracitado ao estabelecer como critérios para sua aplicação a verossimilhança das alegações do consumidor e sua hipossuficiência.

Assim, como a relação jurídica entre o médico e o paciente é de consumo não há porque não aplicar tal norma em favor deste último, especialmente em casos como citou Zuliani.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p; 904.

¹²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 438.

¹²³ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 100.

¹²⁴ AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 78.

¹²⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 149.

¹²⁶ *Ibid*, 2002, p. 150.

Ademais, a inversão do ônus da prova em casos de erros grosseiros não transforma, por si só, uma obrigação de meio em obrigação de resultado. Ocorre que um erro grosseiro, como o médico que opera o joelho direito do paciente quando deveria operar o esquerdo, mostra em si mesmo que o profissional não observou o mínimo dever de cuidado que deveria ter tido, restando caracterizada a sua culpa e cabendo a este último provar que sua conduta foi ilibada.

Por fim, o próprio Superior Tribunal de Justiça em decisão no REsp 69.309, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, admitiu a inversão do ônus da prova em caso de erro médico¹²⁷.

Urge salientar que mesmo Kfoury Neto admite presunção de culpa do médico quando o prontuário é extraviado ou rasurado¹²⁸.

O novo Código de Processo Civil certamente deu novo fôlego aos que defendem a possibilidade de inversão do ônus da prova em caso de erro médico.

O art. 373, §1º do diploma legal traz a possibilidade do juiz atribuir o ônus da prova de maneira diversa do previsto no *caput* quando houver, no caso concreto, impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir as regras probatórias.

Ao comentar o dispositivo supracitado Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto teorizam que:

O §1º do art. 373 permite que o ônus fixado no *caput* seja transferido à outra parte, consoante as peculiaridades do direito material ou a presença de alguma circunstância específica da causa que torne a produção de prova pela parte onerada excessivamente difícil, configurando o que a doutrina nomeia de *probatio diabolica*. Esse poder de adaptação processual é extremamente relevante e permite

¹²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 69309 / SC** da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Brasília – DF, 18 de junho de 1996. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 14 de julho de 2016.

¹²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 196.

uma busca da verdade mais eficiente e um processo estruturalmente mais justo.¹²⁹

A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor ou a sua distribuição dinâmica de acordo com o Código de Processo Civil deve ser realizada na decisão saneadora, conforme art. 357, III deste último diploma legal.

Portanto, não há óbice para que, no caso concreto, o magistrado determine a inversão do ônus da prova em casos de erro médico.

Por fim, registre-se que, independentemente da atribuição do ônus da prova da culpa médica, cabe ao profissional provar a possível existência de algum dos excludentes do nexo causal analisados no primeiro capítulo deste trabalho, conforme art. 373, II do Código de Processo Civil.

2.3 A perda de uma Chance no erro médico

A perda de uma chance ocorre quando, em virtude da conduta de outrem, a vítima vê perdida uma oportunidade de obter um benefício futuro ou evitar um prejuízo, como já estudado no primeiro capítulo desta monografia.

Tal teoria aplicada à atividade médica passou a ser conhecida como “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”¹³⁰. Ela é aceita como uma forma de superar as dificuldades probatórias quanto ao nexo causal¹³¹ quando a atuação do profissional minorou a possibilidade da cura do paciente.

A perda da chance de cura se aplica em diversos casos médicos: erro de diagnóstico ou quando este for tardio, erro de tratamento ou mesmo ausência de consentimento, quando o paciente não foi informado a respeito dos riscos do procedimento cirúrgico¹³². Ademais, ocorre algo previsível, mas que não era de conhecimento dele. Tal situação pode ocorrer em uma cirurgia para curar um tumor

¹²⁹ Apud STRECK, Lenio Luiz *et alli*. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 558

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 104.

¹³¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 26.

¹³² KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 247.

benigno na próstata: há o risco do paciente não mais ejacular depois do procedimento, mas se isso ocorrer e o médico não tiver informado-o a respeito, há a perda de uma chance.

Note-se que a responsabilização do médico não se dá porque o paciente não foi curado ou apenas após longo sofrimento teve sua saúde restabelecida, e sim nos casos em que o médico, culposamente, agiu de maneira tal que atrapalhou a busca do paciente por saúde.

É o caso de pessoa que, com sintomas de câncer procura um médico e este chega a um outro diagnóstico. Após alguns meses, ela descobre o câncer este já está em estágio terminal e não há possibilidade de cura.

Questiona-se, diante destes fatos, a real possibilidade do médico ter descoberto a doença ao invés de ter adotado conduta culposa e a paciente ter sobrevivido. Não há, de fato, como dimensionar concretamente esta suspeita, porém é certo que o médico lhe tirou uma chance de se curar.

É necessário pontuar que nesse caso a indenização não se dá em razão do dano (morte, amputação, perda permanente da saúde), e sim pela chance que o paciente perdeu de buscar o tratamento correto que poderia ter evitado o dano.

Nesse diapasão, Kfoury Neto elenca os seguintes requisitos para a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura: existência de chance séria, real e efetiva, sua supressão pela conduta do médico e verificação razoável da possível existência de nexos causal entre a conduta e a chance perdida¹³³.

O Superior Tribunal de Justiça tem firme jurisprudência adotando a teoria da perda de uma chance para condenar médico a indenizar paciente ou seus familiares no caso do falecimento dele.

No REsp nº 1.184.128, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, o tribunal manteve condenação do médico e do hospital a indenizar os familiares de um

¹³³ KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 247.

homem que procurou o pronto-socorro da instituição e foi orientado pelo plantonista a procurar um posto de saúde sem que o profissional realizasse qualquer tipo de exame.

Afirmou o Ministro Relator que se o paciente tivesse sido internado e recebido o tratamento adequado ele poderia ter sobrevivido, mas a conduta do médico tirou essa chance dele¹³⁴.

De outra sorte, no REsp nº 1.254.141, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a paciente com câncer de mama foi submetida à mastectomia parcial ao invés da radical. Contudo, houve recidiva e ela veio a óbito. Neste julgado, médico foi condenado a indenizar seus familiares pela perda da chance de cura que retirou de sua paciente.

A Ministra Relatora bem definiu que nesse tipo de caso o dano é certo, qual seja, a morte da paciente, mas a participação do médico no resultado danoso é incerta, razão pela qual deve ser aplicada a teoria da perda de uma chance¹³⁵.

Assim, não há controvérsias quanto à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no erro médico. Já a problemática a respeito do *quantum* indenizatório, em que o médico deve ser condenado pela perda de uma chance de cura de um paciente, é algo que deve ser analisado caso a caso. Portanto, não será objeto do presente trabalho.

¹³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.184.128 / MS** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília – DF, 08 de junho de 2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 17 de julho de 2015.

¹³⁵ _____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.254.141 / SC** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília – DF, 04 de dezembro de 2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 02 de agosto de 2015.

3 A Responsabilidade Civil Hospitalar no Erro Médico

Neste capítulo serão analisados os diferentes tipos de estabelecimentos hospitalares, a relação jurídica entre eles e o médico, entre eles e o paciente e as principais teses sobre sua eventual responsabilidade civil em casos de erros médicos.

Preliminarmente, cabe apontar que, em qualquer das teses a respeito da responsabilidade do hospital, trata-se de responsabilidade por fato de outrem, tópico já revisado no primeiro capítulo desta monografia.

3.1 Espécies de estabelecimentos hospitalares

Juridicamente, os hospitais são classificados em públicos, privados ou filantrópicos¹³⁶.

Os primeiros são aqueles de propriedade de algum ente da Federação, organizados sob a forma de empresas públicas, autarquias ou fundações. Neste caso, trata-se de prestação de serviço de saúde realizada diretamente pelo Estado.

Por outro lado, os hospitais privados são sociedades empresariais ou simples prestadoras de serviços médicos objetivando o lucro.

Por fim, estabelecimentos hospitalares filantrópicos são aqueles em que, conquanto inexista a obrigatoriedade da gratuidade, visam o altruísmo, e não o lucro.

Qualquer tipo de hospital pode se encaixar nesta classificação, independentemente do tamanho ou grau de especialidade. São eles estabelecimentos diferenciados, pois oferecem um misto de hospedagem com serviços terapêuticos, sendo a hospedaria acessória à prestação dos tratamento curativo.

Sobre este tipo de instituição, Ruy Rosado de Aguiar Júnior leciona que:

¹³⁶ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médico/Hospitalar e o Ônus da Prova**. Revista Jurídica UNIJUS. Uberaba, v. 11, p. 13-50, novembro. 2006.

O hospital é uma universalidade de fato, formado por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculado a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico¹³⁷.

Assim, o hospital se destina a oferecer internação e tratamento de doentes.

Os hospitais públicos são submetidos a regime jurídico diferente dos outros dois tipos de estabelecimentos, razão pela qual eventual responsabilidade civil deles por erro médico não é o objetivo do presente estudo.

Igualmente, eventual responsabilidade de instituições filantrópicas pode eventualmente receber tratamento jurídico diverso daquele em que tem os hospitais que visam lucro. Contudo, esta investigação não será a finalidade da presente pesquisa.

Como o objeto desta monografia é estudar a responsabilidade civil do nosocômio por erro médico, está excluída desta análise os problemas hospitalares relacionados às falhas na prestação de serviços de hospedagem e de de terapia por ele oferecidas, como ocorrem nos casos de infecções hospitalares.

Por fim, é importante registrar que para os fins deste trabalho não serão considerados hospitais os centros clínicos, entendidos estes como condomínios edilícios onde cada unidade privativa é de um profissional ou alugada por ele para o atendimento de pacientes.

Nestes casos, não há uma pessoa jurídica coordenando a prestação dos serviços médicos, e sim vários profissionais prestando serviços no mesmo edifício. Portanto, os centros clínicos assim descritos não se encaixam na definição supracitada de Aguiar Júnior.

Antes de proceder à análise da responsabilidade do nosocômio em razão de erro médico, fazem-se necessárias algumas considerações sobre a relação jurídica entre ele e o paciente.

¹³⁷ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf . Acesso em 21 de julho de 2015.

Conforme ensina Tepedino, há três tipos de relações simultâneas quanto ao atendimento em estruturas privadas de saúde: o contrato entre paciente e médico, já analisado anteriormente, aquele entre paciente e nosocômio e, finalmente o existente entre médico e hospital¹³⁸.

3.2 A relação jurídica entre hospital e paciente

Em regra, a relação jurídica entre paciente e nosocômio é contratual, sendo indiferente a forma do contrato: escrito ou verbal, expresso ou tácito, oneroso ou gratuito¹³⁹.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior distingue quatro tipos de atos que podem ser realizado no nosocômio: os atos médicos propriamente ditos, que somente podem ser realizados por médicos, tais como o diagnóstico, o tratamento e a cirurgia; atos realizados por auxiliares do médico, sob a supervisão deste ou de pessoal qualificado que segue suas instruções; atos que derivam dos serviços de hospedagem, como o dever de guarda do doente; atos de tratamento, como a administração de remédio¹⁴⁰.

Registre-se que na presente análise está apenas o primeiro tipo, ou seja, o ato médico realizado exclusivamente pelo médico. A justificativa é que os quatro tipos diferentes de atos podem gerar diferentes tipos de responsabilidade civil e cada um deles mereceriam análise individualmente aprofundada.

Cabe apenas apontar que o paciente pode sofrer dois tipos de danos. O primeiro está vinculado à hospedagem. Aqui, incluem-se os exames, os serviços de enfermagem e demais serviços de hotelaria. O segundo, porém, refere-se ao ato médico.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 96-97.

¹³⁹ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médico/Hospitalar e o Ônus da Prova**. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba, v. 11, p. 13-50, novembro. 2006.

¹⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf . Acesso em 21 de julho de 2015.

Quanto ao primeiro¹⁴¹, o entendimento pacífico dos juristas é de que o hospital responde objetivamente, enquanto a responsabilidade do segundo será analisada abaixo.

A relação entre paciente e hospital é de consumo, eis que o primeiro é destinatário final dos serviços prestados pelo segundo. Portanto, preenchidas as delimitações impostas pelos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Como a relação entre o enfermo e o hospital pode influir na responsabilização da instituição por causa de erro médico, o próximo tópico será dedicado a este liame jurídico.

3.3 A relação jurídica entre hospital e médico

Basilarmente, há dois tipos diferentes de relação jurídica entre hospital e médico.

O primeiro diz respeito ao vínculo consolidado por qualquer forma de preposição. O segundo concerne ao profissional que utiliza as dependências do nosocômio sem existir qualquer outro tipo de ligação entre os dois, salvo a de uma simples utilização de centro cirúrgico, exemplificativamente.

Urge salientar que, conforme registrado no primeiro capítulo, que o médico não precisa ser empregado do hospital para ser considerado seu preposto. O fato da cirurgia ter sido realizada com a participação de enfermeiros empregados do hospital são indícios de que o médico é preposto do nosocômio, mesmo não sendo seu empregado. Da mesma sorte, o médico que cometeu o erro participar da escala de plantão no pronto-socorro, bem como o estabelecimento que utiliza o nome do profissional na publicidade¹⁴².

É importante registrar que não há uma terceira opção. Desse modo, ou o profissional é vinculado de alguma forma ao hospital e é seu preposto mesmo que

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 98.

¹⁴² KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.

não seja seu empregado, ou apenas loca um espaço dentro do hospital, mas não mantém com a Pessoa Jurídica nenhum outro tipo de vínculo.

Assim, restando definidas a relação entre hospital, paciente e médico, passar-se-á ao estudo das diferentes teses sobre a responsabilidade do hospital em razão do erro médico.

3.4 A tese da responsabilidade objetiva do hospital

Em primeiro lugar, será analisada a tese sobre a responsabilidade do nosocômio em razão de erro médico. Exponente dessa linha é o desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v.g. 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.¹⁴³

Sobre o contraste entre a relação da responsabilidade objetiva do hospital e a responsabilidade subjetiva do médico prevista no artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo jurista aduz que o segundo tipo de responsabilidade contemplaria apenas a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, ou seja, apenas aqueles que trabalham por conta própria, sem vínculo empregatício ou de preposição¹⁴⁴.

Assim, não seria necessário apurar a responsabilidade subjetiva do médico para, em um segundo momento, responsabilizar objetivamente o hospital.

Mesma posição tem Nehemias Domingos de Melo. Este doutrinador entende que, em caso de erro médico a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 449.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 452.

é objetiva, não cabendo questionar eventual culpa da conduta do profissional médico. Nesta hipótese, o civilista se posiciona no sentido de que a exceção contida no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria ao hospital¹⁴⁵.

Também é o que ensina Rizzatto Nunes¹⁴⁶, cujo parecer é de que, se um estabelecimento hospitalar oferece serviços de massa, utilizando a saúde como mercadoria e explorando atividade de risco, sua responsabilidade seria objetiva. Ressalte-se que para este doutrinador sequer é necessário o vínculo empregatício do profissional médico com o hospital.

A sua *ratio juris* é a de que a instituição médica é quem, em eventual direito de regresso, deverá tentar responsabilizar o profissional pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho em caso de existência de vínculo empregatício. Caso seja o médico profissional autônomo, o regime jurídico é o previsto no Código Civil¹⁴⁷.

O Superior Tribunal de Justiça tem alguns julgados nesse sentido. No REsp 1.331.628¹⁴⁸, relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, a Corte decidiu que a exceção prevista no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, é restrita aos profissionais liberais e, como o erro médico analisado foi cometido por médicos que eram empregados do nosocômio, a regra é a responsabilidade objetiva deste último.

Pequena variação desta corrente é a encontrada em alguns julgados desta mesma Casa Julgadora, segundo os quais a responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do médico plantonista. Neste caso, como o paciente em primeiro lugar buscou o serviço de emergência do hospital, a instituição responderá objetivamente pelo erro do médico plantonista que o atendeu.

¹⁴⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 115.

¹⁴⁶ RIZZATO NUNES, Luis Antonio. Curso de Direito do Consumidor, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 336.

¹⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 336.

¹⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.331.628 / RJ** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília – DF, 05 de setembro de 2013. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 16 de julho de 2015.

Nesse sentido foram os seguintes julgados: REsp 696.284, de relatoria do Min. Sidnei Benetti¹⁴⁹ e REsp 400.843, relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito¹⁵⁰.

Salienta-se que a posição dos autores e dos julgados supracitados não é exatamente a mesma. Rizzato Nunes defende a responsabilidade objetiva do hospital mesmo quando o médico não for seu preposto¹⁵¹. Nehemias Domingos de Melo, porém, exige que para essa relação deve ser aplicada esse tipo de responsabilidade¹⁵².

Por outro lado, os precedentes supramencionados, especialmente os casos envolvendo plantonistas, focaram-se no fato de que o paciente procurou diretamente o hospital, o que de certo modo presumiu a preposição do profissional que o atendeu no setor de emergência do nosocômio. Julgamentos semelhantes foram os realizados no REsp 986.648, no AgRg 182.368 e no REsp 1.184.128.

Em outra linha, no REsp 1.331.628 o médico que atendeu a vítima era empregado do hospital, de modo que neste julgado não se discutiu eventual necessidade da qualidade de preposto do profissional para que o estabelecimento fosse condenado.

A responsabilidade objetiva do hospital, em razão de erro médico cometido por preposto do hospital, ou mesmo por alguém sem esse vínculo, como defende Rizzato Nunes, não está em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

A posição supracitada está fundada, na prática, em uma leitura isolada do Código de Defesa do Consumidor. Porém, como já demonstrado no capítulo anterior, o art. 951 do Código Civil menciona expressamente a existência dos três

¹⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 696.284 / DF** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sidnei Benetti, Brasília – DF, 03 de dezembro de 2009. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 02 de agosto de 2016.

¹⁵⁰ _____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 400.843 / RS** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília – DF, 17 de fevereiro de 2005. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 21 de julho de 2015.

¹⁵¹ RIZZATO NUNES, Luis Antonio. Curso de Direito do Consumidor, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 336.

¹⁵² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 123-124

tipos de culpa (negligência, imperícia e imprudência) do profissional que causa dano ao paciente.

Corolário do enunciado normativo acima é que não é possível analisar eventual responsabilidade do hospital sem antes apurar a responsabilidade do médico que cometeu o erro, pois no ordenamento jurídico nacional não existe erro médico sem culpa do profissional.

Portanto, assim como foi explanado sobre eventual objetivização da responsabilidade de médico que é empregado em nosocômio no capítulo anterior, a responsabilidade de terceiro por causa de erro médico, no caso hospital particular, é objetiva impura. Isso ocorre porque é necessário apurar a presença de culpa no antecedente - a conduta do médico, para que a responsabilidade objetiva do consequente - o hospital, seja estabelecida.¹⁵³

Deveras, a transmutação da responsabilidade em razão de erro médico de subjetiva para objetiva quando o responsabilizado é o hospital causa outra transformação: a atividade médica deixa de ser uma obrigação de meios e se transforma em uma obrigação de resultado. Assim, passa a existir, na verdade, uma obrigação de curar o paciente, sob pena do hospital ser responsabilizado.

O fato de uma obrigação ser de resultado não é sinônimo de responsabilidade objetiva, pois no primeiro caso há tão somente uma presunção de culpa do inadimplente que pode ser afastada, enquanto no segundo não se discute a culpa. Entretanto, na prática este posicionamento acarreta ao hospital uma espécie de obrigação de curar o paciente. Tal responsabilização, contudo, só pode ser afastada por alguma excludente do nexo causal.

Nesse ínterim, a diferença de pensamento entre alguns dos autores supracitados é se o médico pode ser considerado terceiro para efeito de excludente de nexo causal quando não estiver em relação empregatícia com o hospital.

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de *et al.* **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 562.

Rizzardo Nunes entende que não, mas Domingos de Melo se posiciona em sentido contrário.

No caso concreto, a tese esposada pelos precedentes judiciais e autores supracitados causa graves dificuldades. Em análise conjectural, se um médico trabalha como empregado em um hospital em alguns dias, porém sem vínculo de preposição com outro nosocômio em dias diferentes e seu paciente, por comodidade, escolhe ser operado pelo profissional no primeiro e não no segundo e sofre dano, o hospital será condenado sem apuração de culpa do médico. Isto não aconteceria, porém, se houvesse escolhido o segundo estabelecimento hospitalar.

Nesse sentido, a posição defendida por Rizzatto Nunes é mais coerente, pois não estabelece critério diferente para o caso do médico não ser preposto do nosocômio. Contudo, isto não afasta as outras críticas acima realizadas.

Ademais, em sendo objetiva a responsabilidade do hospital perante o paciente em razão de erro médico, é possível que o nosocômio, após sofrer condenação para indenizar a vítima, exerça seu direito de regresso contra o médico em ação própria. O profissional médico, por sua vez, prova que sua conduta não foi culposa e gera a figura do erro médico sem culpa. Figura esta absolutamente estranha ao direito brasileiro. Com efeito, este cenário diria respeito a uma responsabilização do conseqüente sem a presença de culpa no antecedente.

A esse respeito Domingos Afonso Krieger Filho escreve que:

a aplicação pura e simples da responsabilidade objetiva calcada na teoria do risco ensejaria o enriquecimento sem causa do paciente, pois se não houve demonstração de culpa nos atos profissionais praticados pelo médico (essencial para se lhes impor o dever de reparação), como poderia o hospital ser condenado a pagar por algo sem causa, inclusive sem poder reembolsar-se do que despendeu?¹⁵⁴.

Por fim, o critério estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça para responsabilizar objetivamente o nosocômio quando o paciente procurou o

¹⁵⁴ KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Aspectos da Responsabilidade Civil Médica na Atualidade**. Disponível em <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246969476.PDF> . Acesso em 16 de julho de 2015.

estabelecimento diretamente, como nos casos supracitados envolvendo médicos plantonistas, também está em desacordo com o exposto supra.

Não é porque o paciente buscou o hospital em primeiro lugar que a obrigação médica é de resultado ou isso faça surgir a figura do erro médico sem culpa.

Assim, não é conforme a melhor técnica jurídica condenar o hospital quando o que estiver em questão for o trabalho do médico, pois em primeiro lugar o suposto erro do profissional deve ser apurado para se descobrir se sua conduta foi culposa.

3.5 A tese da responsabilidade solidária do hospital com o médico preposto

A segunda tese a ser analisada é a mais popular tanto entre os juristas de renome. Defendem-na José de Aguiar Dias¹⁵⁵, Rui Stocco¹⁵⁶, Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁵⁷, Gustavo Tepedino¹⁵⁸, Miguel Kfoury Neto¹⁵⁹, Ênio Santarelli Zuliani¹⁶⁰, Carlos Roberto Gonçalves¹⁶¹, Fernando Regina da Cunha Amaral¹⁶² e Jurandir Sebastião¹⁶³.

Quem melhor sintetiza essa posição é Aguiar Júnior:

O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.) e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se

¹⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p.358.

¹⁵⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**, 7. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 765

¹⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-100.

¹⁵⁹ KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

¹⁶⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico**. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 43-66, maio 2003.

¹⁶¹ GONÇALVES, op. cit., p. 267.

¹⁶² AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 167.

¹⁶³ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médico/Hospitalar e o Ônus da Prova**. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, p. 13-50, novembro. 2006.

o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este¹⁶⁴.

Assim, como demonstrado na tese acima, também nesse caso os juristas não tem exatamente a mesma posição. Jurandir Sebastião, por exemplo, defende que a qualidade de preposto do profissional se presume, a não ser que o paciente tenha sido encaminhado para o nosocômio pelo médico¹⁶⁵.

Outros ensinam que se o paciente procurou o hospital, como no caso supracitado do plantonista, o médico é seu preposto – o que parece ser uma aplicação implícita da teoria da aparência – e o hospital responde desde que comprovada a culpa do profissional.

Também o Superior Tribunal de Justiça tem vários julgados no sentido que o estabelecimento de saúde é responsável desde que provada a culpa do médico e este seja seu preposto, como pode ser visto nos REsp 351.178, 908.359, 992.821, 1.109.404, 1.145.728, 1.497.749 e 1.526.467.

No REsp. 908.359, o Ministro João Otávio de Noronha afirma que:

não é o fato de os hospitais terem um mínimo de organização que poderão ser inseridos “numa complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços” (voto da Relatora) que atraia as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o fornecedor de produtos para o consumo de massa. Não há comparação entre um hospital e um fabricante, por exemplo, de sucos industrializados. A atividade hospitalar não é econômica e não se volta para isso¹⁶⁶.

O Ministro prossegue argumentando que não há relação de consumo entre o hospital e o paciente, eis que o estabelecimento de saúde não pode ser considerado como fornecedor do produto saúde aos consumidores doentes. Para ele, o fato do nosocômio ser remunerado pela locação de espaço físico não o faz ser responsável solidariamente com o médico.

¹⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

¹⁶⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médico/Hospitalar e o Ônus da Prova**. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, p. 13-50, novembro. 2006.

¹⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 908.359 / SC** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília – DF, 27 de agosto de 2008. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 21 de julho de 2015.

No julgamento de outro recurso, o REsp 351.178, o mesmo Ministro afirmou que o fato do médico fazer parte do cadastro de profissionais que podem realizar cirurgias em um determinado hospital não cria preposição entre os dois se a atividade do médico não é desenvolvida no interesse do hospital e sob suas instruções¹⁶⁷.

A tese da responsabilidade solidária com a condicionante de que haja vínculo de preposição com o médico não repete os erros que padecem a tese da responsabilidade objetiva do hospital.

A atividade médica mantém seu caráter de obrigação de meio, o erro médico continua tendo a culpa do profissional como pressuposto de existência e a vítima possui o ônus de provar a conduta culposa do terapeuta, para que o nosocômio seja responsabilizado solidariamente.

A grande dificuldade dessa tese é a de que ela está fundamentada numa visão demasiadamente estanque da responsabilidade hospitalar com base apenas no que dispõe o Código Civil.

Com efeito, o art. 932, III, deste diploma legal, é claro ao determinar que o comitente responderá por atos de seu preposto no exercício do trabalho. Assim, para os defensores dessa tese o hospital só responderá solidariamente se o médico for seu preposto.

A limitação da responsabilidade hospitalar ao seu preposto afasta sem motivos concretos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ora, não há nenhum motivo para não considerar que a relação entre paciente, médico e hospital é uma relação de consumo.

Embora alguns juristas, como Miguel Kfoury Neto¹⁶⁸, adotem uma posição mais conservadora, defendendo que o doente não é um consumidor ou, como o

¹⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 351.178 / SP** da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília – DF, 24 de junho de 2008. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 17 de julho de 2015.

¹⁶⁸ KFOURI NETO, **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 60.

Ministro João Otávio de Noronha argumentou, que saúde não é produto, uma breve análise da situação atual da atividade médica mostra justamente o contrário.

Apesar da tese pela responsabilidade objetiva do hospital em erro médico não ser a mais acertada, Rizzato Nunes é coerente ao ensinar que o hospital pode ser considerado fornecedor conforme o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, a instituição médica oferece serviços de massa, utilizando a saúde como mercadoria e explorando atividade de risco. Aqui, porém, cabe uma ressalva conceitual: este tipo de atividade se concentra nas chances de obter lucro ou prejuízo, e não na afirmação de que atividade médica é de risco nos termos do art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Com efeito, o caráter *intuiti personae* da atividade médica é cada vez mais raro. A atividade médica privada hoje se sustenta em um tripé: a operadora de plano de saúde, o médico e o hospital.

O paciente, quando necessita de algum tipo de cuidado médico, em primeiro lugar procura a lista de médicos credenciados no seu plano de saúde. Após a consulta, se necessitar de internação, cirurgia ou qualquer procedimento médico que importe no envolvimento de algum hospital, o paciente procura algum nosocômio que seja conveniado com seu plano.

Assim, o paciente se encontra, na verdade, diante de uma “*organização do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum*”¹⁶⁹. Em outras palavras, o paciente se encontra diante de uma verdadeira cadeia de serviços.

O fato de que o objeto do serviço procurado pelo paciente – a saúde, seja um dos bens mais importantes que alguém pode desejar, não o retira do mercado de consumo, como se apenas miudezas pudessem fazer parte disso. O que importa para determinar se algo está no mercado do consumo não somente é o bem em si mesmo, mas a maneira como ele é fornecido.

¹⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 334.

De um lado, estão a operadora do plano de saúde, o hospital e o médico. Os dois primeiros exercem atividade empresarial nos termos do art. 966 do Código Civil, agindo com profissionalidade e habitualidade e recebendo contraprestação em dinheiro, requisitos para serem considerados prestadores de serviços segundo Sérgio Cavalieri Filho¹⁷⁰.

Registre-se que atualmente existem até redes de hospitais, como a D'OR, com dezenas de estabelecimentos no Brasil inteiro¹⁷¹. É inconcebível que estas pessoas jurídicas não sejam conceituadas como sociedades empresárias que atuam no mercado de consumo prestando serviços, pois a realidade dos fatos certamente mostra isso.

De outro lado está o paciente, que é o destinatário final dos serviços prestados pelas três pessoas supracitadas. Por motivos que não necessitam de maiores explicações, nenhum paciente buscar os serviços de saúde com profissionalidade.

Ademais, qualquer paciente está diante dessas três pessoas em flagrante situação de vulnerabilidade, especialmente fática, já que os fornecedores tem grande poder econômico e prestam serviço essencial.

Entre o hospital, a operadora do plano de saúde e o paciente está o médico. Este, por sua vez, pode não ser empregado ou preposto nem da operadora do plano de saúde e nem do hospital, bem como pode não ser empresário, já que é profissional liberal, mas é um agente sem o qual seria simplesmente impossível a prestação de serviços destinadas à cura do paciente.

Merece consideração a situação do médico que realiza consultas e cirurgias dentro de um hospital mesmo sem ser seu preposto e atraindo, à Pessoa Jurídica, inúmeros benefícios. Em qualquer cirurgia que importe na internação do paciente, o hospital auferirá lucro durante todo esse período, simplesmente porque ele utilizará, no mínimo: um leito, os serviços de hospedagem e a enfermagem. Se o paciente

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 84.

¹⁷¹ <http://www.rededor.com.br/unidades.aspx>. Acessado em 15 de agosto de 2016.

precisar de cuidados intensivos, utilizará a Unidade de Terapia Intensiva do hospital em que realizou a cirurgia.

Por outro lado, tanto nas cirurgias quanto nas simples consultas, os exames laboratoriais requeridos pelo médico serão realizados nas dependências do hospital, com a utilização de seus equipamentos e de pessoal.

Por fim, no tocante ao desenvolvimento de uma atividade lucrativa, é indubitável que o hospital se beneficia do médico que informa aos seus pacientes que só realiza cirurgias em alguns poucos determinados hospitais. Além disso, se o profissional é de renome, inevitavelmente o nosocômio tem seu nome ligado ao do médico.

Nesse espeque, faz-se mister registrar que nas relações pautadas pelo lucro, como é aquela existente entre médico, operadora de plano de saúde e hospital, o que possui maior relevância é justamente o lucro. Consequência lógica disso é que, entre um médico que realiza muitas cirurgias e outro que realiza poucas, ou entre um profissional cujas operações são de custo financeiro elevado e outro cujas cirurgias são baratas, a direção do hospital, ao organizar o calendário interno, certamente priorizará as primeiras opções em ambos os casos.

Nesse ínterim, faz-se mister pontuar que o elo entre o hospital, médico e operadora de plano de saúde é o paciente, que se trata de um consumidor. Portanto, é ele quem deve ser o centro da aplicação das leis que forem concernentes ao caso¹⁷².

Ademais, ressalta-se que outra mudança recente nas relações entre médico e hospital, e cada vez mais comum, é um fenômeno chamado coloquialmente de “pejotização”. Por ele, o médico é, na realidade, um empregado do nosocômio. Contudo, por exigência da casa de saúde, o clínico constitui uma Pessoa Jurídica e, assim, passa a realizar um suposto contrato de prestação de serviços com o hospital.

¹⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 409.

Embora tal simulação tenha como objetivo primário o não pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários que o hospital pagaria se empregasse regularmente o médico, isso também tem consequências para o paciente no caso de eventual erro médico. Este, como a parte mais vulnerável da relação, não pode ter o ônus de provar a relação de preposição entre hospital e profissional, já que simplesmente não tem meios para cumpri-lo.

Assim, não há motivos para não se considerar que o hospital é um fornecedor de serviços, cujo consumidor é o paciente. Com efeito, a única diferença importante entre um estabelecimento de saúde particular e uma pessoa jurídica que presta outro tipo de serviço é que o objeto da prestação fornecida pelo nosocômio, serviços destinados à cura do paciente, é que estes são muito mais importantes, o que justifica ainda mais a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o fato do Código de Defesa do Consumidor ter previsão expressa sobre a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais traz uma consequência lógica: a atividade de profissionais liberais, inclusive a médica, está no mercado de consumo. Se não fosse, tal diploma legal teria previsão no sentido de excluir esse tipo de atividade da sua incidência, o que implicaria na aplicação exclusiva do Código Civil.

Tratando-se, portanto, de um prestador de serviços, não há porque desobrigar o nosocômio a responder solidariamente com o médico, caso este cometa erro, apenas porque o profissional não possa ser considerado seu preposto. Do contrário, assume-se o risco de passar a considerar os hospitais como hotéis com serviços de enfermagem.

Nesse ínterim, essa espécie de preposição presumida com base na teoria da aparência adotada em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, ao condenar solidariamente o hospital por erro médico apenas quando o paciente procurou diretamente o estabelecimento e foi atendido pelo profissional que lá se encontrava, não é suficiente para garantir os direitos do paciente.

Pode ocorrer, por exemplo, do paciente que foi atendido pelo médico em sua clínica pessoal e nessa ocasião foi verificada a necessidade da realização de

intervenção cirúrgica e o profissional o encaminhou para um determinado hospital. O que o paciente pode nunca ter conhecimento é de que, embora o médico possua uma clínica própria, ele também é empregado como cirurgião nesse hospital.

Nesse mesmo sentido, é bastante comum que o paciente apenas concorde com a escolha prévia que o médico fez sobre qual nosocômio ele deseja realizar o procedimento cirúrgico

Em ambas hipóteses, pelo critério adotado nos precedentes supracitados do STJ, o estabelecimento de saúde não responderá solidariamente com o médico, caso este cometa algum erro durante a cirurgia, já que o paciente em primeiro lugar procurou o médico em lugar estranho ao hospital.

Em outro sentido, cabe lembrar que, mesmo quando o médico for preposto do hospital, não existe a relação clássica de subordinação exigida pelo art. 932, III, do Código Civil.

Com efeito, como ensinou Pietro Trimarchi, “o cirurgião estipendiado por um hospital para fazer determinadas operações não recebe ordens e instruções como deva operar”¹⁷³. Frente ao médico que é seu empregado ou preposto de alguma forma, o hospital tem apenas o poder de determinar onde e quando prestará os seus serviços.

Destarte, não há diferença fática entre um médico que é preposto do hospital e outro que não é. Em ambos os casos o profissional não recebe ordens sobre como deve diagnosticar e tratar os pacientes. Mas também nos dois casos o médico está sob o poder do hospital de determinar onde e quando a prestação dos serviços ocorrerá.

Claramente, na hipótese do profissional não ser preposto do estabelecimento, ele não terá jornada a cumprir e, caso alugue uma sala específica, também tem uma liberdade que um outro profissional-empregado não possui. Entretanto, tanto um médico preposto quanto um não preposto estão sujeitos ao nosocômio no que

¹⁷³ Apud LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

concerne a cirurgias, por exemplo. Ambos devem se submeter à agenda do hospital, tanto com relação aos horários que poderão realizar intervenções como qual sala de cirurgia será utilizada.

Portanto, pelo critério supracitado, utilizado para determinar a solidariedade do hospital em casos de erros médicos, é bastante frágil. Na prática, ele concede ao nosocômio a capacidade para prestar serviços na área de saúde, mas sem nenhum encargo.

Retirar a responsabilidade de um hospital somente porque o médico que cometeu o erro não é seu preposto, seria como não condenar uma loja que comercializa eletrodomésticos que ressarça o consumidor, caso o produto adquirido por aquele tenha um defeito de fabricação sob o argumento que o estabelecimento apenas vende produtos feitos por terceiros e auferir lucro com isso.

Destaca-se que em nenhum dos dois casos há responsabilidade própria do terceiro que poderá ser responsabilizado judicialmente, hospital e loja, respectivamente. Mas a situação do hospital é mais favorável, já que neste caso deve ser provada a culpa do médico, enquanto a loja será condenada a ressarcir o dano sem a necessidade de se provar eventual culpa do fabricante.

Assim, responsabilizar solidariamente o hospital caso o médico que cometeu o erro seja seu preposto, também não é o critério mais seguro e conforme à legislação para ser aplicado nos casos em análise.

3.6 A tese da responsabilidade solidária do hospital com o médico, inclusive o que não for preposto

A tese da responsabilidade objetiva do hospital, em razão de erro médico, possui falhas porque simplesmente adota o que consta no Código de Defesa do Consumidor. Essa corrente defende, assim, que o nosocômio deve responder objetivamente pelo defeito do serviço, como qualquer fornecedor responderia.

Por outro lado, a tese da responsabilidade solidária do estabelecimento de saúde, desde que o médico seja preposto, merece críticas. Isso porque ela depende

em demasia de uma leitura baseada apenas no que dispõe o Código Civil sobre o tema, como demonstrado acima.

Como a dificuldade da primeira teoria é a adoção irrestrita do Código de Defesa do Consumidor, a complicação da segunda é tratar o tema de maneira restritivamente civilista, quando na verdade atualmente o paciente deve ser considerado como consumidor. Assim, faz-se necessário um diálogo entre os dois diplomas legais.

Tal tipo de diálogo, chamado “das fontes” é, no ensinamento de Cláudia Lima Marques, “*uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado*”¹⁷⁴. A esse respeito ensina a jurista que há uma aplicação simultânea de duas leis, já que a hermenêutica jurídica moderna busca maior harmonização e coordenação entre normas que a exclusão de uma delas pela aplicação dos critérios clássicos de resolução de antinomias jurídicas.

Nesse diapasão, os juristas Cristiano Chaves e Nelson Rosendal ensinam que “*a aplicação da norma jurídica deve estar submetida a um diálogo das diferentes fontes normativas, com o propósito de garantir a aplicação da norma mais favorável aos interesses tutelados*”¹⁷⁵.

Segundo Cláudia Lima Marques, há três tipos de diálogos: o sistemático de coerência, que é aquele em que uma lei serve de base conceitual para outra; o de complementaridade, pelo qual uma lei completa a outra; o das influências recíprocas sistemáticas, que é a influência do sistema especial no geral e vice-versa¹⁷⁶.

Assim, a melhor técnica jurídica é estabelecer um diálogo de complementaridade entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor que seja coerente com ambos diplomas legais.

¹⁷⁴ BENJAMIM, Antônio Herman *et alii*. **Manual de Direito do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009., p. 89.

¹⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 1: Parte Geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: 2013, p. 84

¹⁷⁶ BENJAMIN, op.cit., p. 93-94.

O Código Civil, por meio art. 951, demarca claramente a necessidade do profissional que cometeu o erro médico ter conduta culposa. Por outro lado, nos arts. 14 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, são encontrados as figuras da cadeia de serviço e da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Do diálogo entre os enunciados normativos supra se conclui que, em caso de erro médico, o hospital responde solidariamente com o profissional que o cometeu, mas desde que provada a culpa deste. É uma responsabilidade objetiva indireta ou impura, já que, antes de responsabilizar o nosocômio é necessário apurar a culpa do médico.

No REsp 908.359, a Ministra Nancy Andrighi delimitou claramente a situação, ao proferir seu voto num litígio entre um nosocômio e a vítima do erro médico:

Na hipótese concreta se está diante de verdadeira cadeia de serviços médicos. Há clara colaboração entre hospital e médico, que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada. Nesta espécie de mutualismo, os médicos realizam determinadas cirurgias em hospitais que lhes propiciem maiores vantagens e os hospitais, por sua vez, têm interesse que o maior número de médicos se valham de seus serviços. O serviço hospitalar não existiria sem a prestação dos serviços pelo médico e este último teria sua atuação extremamente limitada sem as facilidades oferecida por um hospital.¹⁷⁷

Prossegue a Ministra, em seu voto que foi derrotado pelo restante da Turma, afirmando que a estreita cooperação entre nosocômio e profissional não depende do *status* jurídico da relação entre eles. Para ela, traçar diferentes sistemas de responsabilidade civil em razão do vínculo ser trabalhista ou meramente civil, é artificial.

O mesmo entendimento esposado pela Ministra Nancy Andrighi foi acolhido no REsp 1.216.424, de sua relatoria, e nos Agravos em Recurso Especial de números 209.711 e 457.611, ambos de relatoria do Ministro Marco Buzzi. Nos dois últimos restou consignado que, não obstante o dano decorra da conduta culposa de

¹⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 908.359 / SC** da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília – DF, 27 de agosto de 2008. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em dia 21 de julho de 2015.

profissional liberal, aqueles que participam da cadeia de fornecedores respondem solidariamente.

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto também defendem esta tese. Com efeito, para os juristas, qualquer pessoa que de alguma maneira se coloque no interior do processo de fornecimento de um serviço, será responsável solidário com os outros agentes e, portanto, não podem ser qualificados como terceiros¹⁷⁸.

Assim, para essa corrente, é irrelevante a situação jurídica do profissional perante o hospital. Se o médico causou dano em razão do seu atendimento, o estabelecimento médico responderá em solidariedade com o profissional, caso sua culpa reste comprovada¹⁷⁹.

A demonstração supra das limitações da tese sobre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade solidária desde que o médico seja preposto, já comprova, em parte, porque a posição pela responsabilidade do hospital mesmo que o médico não seja a ele vinculado é a mais adequado ao ordenamento jurídico nacional. Entretanto, faz-se necessário também analisar as críticas a esse posicionamento que ainda não mencionadas no presente trabalho.

Além do que já foi exposto acima, no REsp 908.359, o Ministro João Otávio de Noronha afirmou que, caso se considere o hospital responsável quanto à atividade dos médicos que não tenham vínculo com ele, estar-se-ia transformando a obrigação médica de meios para a de resultado, pois seria caso de responsabilidade objetiva.

A esse respeito, cabe apontar que solidariedade e culpa são dois institutos diferentes. Desse modo, responsabilizar o hospital solidariamente em razão de erro médico não ilide a necessidade de se provar a conduta culposa do profissional.

Consequência disso é que não há mudança no tipo de obrigação que constitui a atividade médica. Com efeito, o profissional continua sendo obrigado a atuar com

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de *et alii*. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014. p. 483.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p; 914.

diligência, aplicando a melhor técnica com o objetivo de curar o paciente, mas sem ser obrigado a isso.

Miguel Kfoury Neto, por outro lado, aduz que a simples cessão de instalações por parte do hospital não implica em responsabilidade solidária. Entretanto, tal tipo de responsabilidade não está fundada em uma simples cessão de instalações, e sim porque existe uma verdadeira cadeia de serviços, como demonstrado acima.

O nosocômio não apenas cede suas instalações, mas existe uma coordenação entre ele e o médico, envolvendo a realização de exames, utilização de equipamento, auxílio de enfermagem própria do hospital. Há, enfim, vantagens para os dois, de modo que não é possível reduzir a relação do hospital com o médico que não é seu preposto em mera cessão de instalações.

Por outro lado, cabe apontar que, mesmo sendo responsável solidário, o hospital poderá alegar, no caso concreto, alguma excludente do nexo causal, inclusive o fato exclusivo de terceiro. Entretanto, a instituição não poderá alegar que o médico é terceiro tão somente porque não é seu preposto. Ela terá que comprovar que o profissional não fazia parte da cadeia de serviços.

Exemplo disso é o médico que assiste à cirurgia, convidado por outro médico que atende regularmente no nosocômio. Nesse caso, é possível que, caso o convidado cometa o erro, o hospital não será responsável solidário, já que o profissional aparentemente não faz parte da cadeia de serviços que o estabelecimento de saúde participa.

A exposição do problema a respeito da responsabilidade do hospital diante de erro cometido por médico mostra sua solução não é simples. Diante disso, o operador do direito deve buscar critérios que, além de ser adequados às normas existentes, diferenciem um episódio em que o nosocômio é responsabilizado solidariamente de outro em que ele não é condenado.

O primeiro critério é a necessidade de se apurar a culpa do profissional, pois apenas assim existirá erro médico. Portanto, o nosocômio não pode ser responsabilizado objetivamente.

O segundo critério é a configuração de uma cadeia de serviços entre hospital e médico, liame que quase sempre é integrado também por uma operadora de plano de saúde. Não será necessário, portanto, que o profissional seja preposto do estabelecimento de saúde. Ademais, a existência ou não de preposição não altera em nada a conduta do médico, eis que não há ingerência hierárquica nos diagnósticos e tratamentos.

Assim, a solução para o problema da responsabilidade do hospital em razão de erro médico que melhor coaduna o sistema jurídico brasileiro é o de responsabilizá-lo solidariamente com o médico mesmo quando não existir relação de preposição.

Conclusão

A complexa teia de relações entre médico, hospital, operadora de plano de saúde e paciente faz com que a pessoa enferma possa ser considerado efetivamente como um consumidor, conforme demonstrado acima. Tal postulado traz importantes consequências para a atividade médico, sobretudo quando ocorre um dano ressarcível para ele.

Dois dos mais importantes frutos da transformação do paciente em consumidor é a possibilidade da inversão do ônus da prova, que no caso concreto poderá ser requerida pela vítima, e a responsabilização do estabelecimentos particulares de saúde por erro médico.

A partir do século XIX, a responsabilidade civil gradualmente relegou a culpa para segundo plano, passando a privilegiar a responsabilização objetiva por meio das inúmeras teorias do risco. Nesse ínterim, a mutação dessa área do direito civil passou a incluir a flexibilização do nexu causal e o surgimento de novos danos.

Entretanto, esse desenvolvimento não significa que a responsabilidade objetiva deva ser adotada sem restrições. Nesse sentido, responsabilizar objetivamente o nosocômio em razão de erro médico não é a tese mais adequada, conforme exposto no último capítulo do presente trabalho.

Essa inadequação decorre justamente da adoção irrestrita da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo defeito do serviço prevista no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não há, de acordo com o Código Civil, erro médico sem culpa.

Por outro lado, responsabilizar solidariamente o estabelecimento de saúde apenas nos casos em que o médico atua como seu preposto, também não se mostrou a solução mais apropriada. Com efeito, esse posicionamento, que é majoritário no Superior Tribunal de Justiça e entre os civilistas de escol depende em demasia apenas do que está disposto no Código Civil, talvez por resquícios da superada doutrina da *culpa in eligendo*.

A solução mais adequada para o problema é uma espécie de meio-termo, como visto. Não por causa de um suposto apego ao famoso pensamento de Aristóteles, “*a virtude está no meio*”, e sim porque um outro desenvolvimento doutrinário, o da hermenêutica jurídica, gerou a importante teoria do diálogo das fontes.

As leis de direito privado devem ser aplicadas coerentemente, eis que se deve buscar a harmonização e coordenação entre normas, ao invés da exclusão de uma delas pela aplicação dos critérios clássicos de resolução de antinomias jurídicas.

Nesse ínterim, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor se constitui em um importante vetor na busca de soluções para os mais variados problemas jurídicos que envolvam um consumidor. A proteção ao consumidor prevista no art. 5º, XXXII da Constituição Federal deve ser cumprido não apenas pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas por todo o ordenamento jurídico nacional, por meio do diálogo das fontes.

Assim, tanto a adoção irrestrita da responsabilidade objetiva do hospital de um lado quanto a restrição à responsabilização do nosocômio ao erro médico cometido por preposto devem ser afastada por uma leitura harmonizante do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Tal leitura se faz ainda mais necessária por causa da existência de uma verdadeira cadeia de prestação de serviços de saúde, pois, como exposto acima, entre o hospital e o médico há uma relação de mutualismo que propiciam vantagens para ambos.

A nítida consequência da existência dessa relação é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar o hospital pelo erro médico. Por outro lado, esse tipo de conduta é necessariamente culposa, segundo os ditames do Código Civil.

Salienta-se que a existência necessária de culpa para que reste configurado o erro médico não é afastada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois o que está em análise é a conduta do profissional médico e não do nosocômio.

Portanto, a solução mais adequada para o problema da responsabilidade do hospital em razão de erro médico, segundo o ordenamento jurídico nacional brasileiro, é no sentido de responsabilizar solidariamente o estabelecimento privado de saúde, desde que a culpa do médico seja provada.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf . Acesso em 21 de julho de 2015.

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BENJAMIM, Antônio Herman *et alli*. **Manual de Direito do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *et alli*. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em 20 de julho de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.stj.jus.br

CAVALIERI FILHO, Sérgio. “**A Responsabilidade Médico-Hospitalar à Luz do Código do Consumidor**,” in *Revista da EMERJ*, v.2, n.5,1999.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2004.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Bedford Dias**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 7. Responsabilidade Civil**, 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et ali*. **Curso de Direito Civil – Volume 1: Parte Geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: 2013.

_____. **Curso de Direito Civil – Volume 3: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. Salvador: 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

GIOSTRI, Hidelgard Taggesell. **Erro Médico à luz da jurisprudência comentada**. 4ª ed. Curitiba, Juruá: 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Aspectos da Responsabilidade Civil Médica na Atualidade**. Disponível em <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246969476.PDF> . Acesso em 16 de julho de 2015.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Editora Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – volume 1**. Campinas: Bookseller, 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2007.

RIZZATO NUNES, Luis Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**, 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médico/Hospitalar e o Ônus da Prova**. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, p. 13-50, novembro. 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**, 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz *et alli*. **Comentários ao código de processo civi**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco – A teoria do risco concorrente**. São Paulo: Editora Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Volume I**. 2. ed. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2007.

_____ *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Volume III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico**. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 43-66, maio 2003.