

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

2ª EDIÇÃO

REVISTA, ATUALIZADA E AUMENTADA

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO

atlas



# **Responsabilidade Civil por Erro Médico**

---

Para alguns livros é disponibilizado Material  
Complementar e/ou de Apoio no site da editora.  
Verifique se há material disponível para este livro em

[atlas.com.br](http://atlas.com.br)

Nehemias Domingos de Melo

# **Responsabilidade Civil por Erro Médico**

---

**Doutrina e Jurisprudência**

2ª Edição

Revista, atualizada e aumentada

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2013

© 2008 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 2008; 2. ed. 2013

Capa: Nilton Masoni

Composição: CriFer – Serviços em Textos



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Melo, Nehemias Domingos de  
Responsabilidade civil por erro médico : doutrina e jurisprudência /  
Nehemias Domingos de Melo. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2013.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-7785-2

eISBN 978-85-224-7786-9

1. Erros médicos – Brasil 2. Responsabilidade (Direito) – Brasil I. Título.

08-04843

CDU-347.51:347.141:61(81)

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Erro médico : Responsabilidade civil : Direito civil  
347.51:347.141:61(81)

2. Brasil : Responsabilidade civil e erro médico : Direito civil  
347.51:347.141:61(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial,  
de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor  
(Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384

Campos Elísios

01203 904 São Paulo SP

011 3357 9144

atlas.com.br

# Dedicatória

---

Dedico este livro aos queridos amigos professores-magistrados, com os quais tenho tido a grata oportunidade de partilhar conhecimentos, bem como de com eles aprender, além do prazeroso convívio acadêmico na Universidade Paulista – Unip (*campi Paraíso*).

Como professores, contribuem para formação dos futuros operadores do direito. Como magistrados, orgulham e dignificam o Poder Judiciário brasileiro. Como pessoas humanas, são exemplos a serem seguidos pela conduta ética, moral, profissional e pessoal irrepreensível (em ordem alfabética).

Des. Haroldo Pinto Luz Sobrinho (*in memoriam*)

Des. João Carlos Saletti

Des. Jurandir de Sousa Oliveira

Des. Luiz Antonio Rodrigues da Silva

Min. Massami Uyeda

Des. Otacílio Ferraz Felisardo

Juiz Paulo Guilherme Amaral Toledo

Des. Regis Castilho Barbosa

Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira

Juiz Samuel Francisco Mourão Neto

Também para

Ana Ligia, como sempre, pelo carinho, dedicação e companheirismo!...



# Obras do Autor

---

## I – Livros

*Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

*Dano moral nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

*Dano moral trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

*Manual de prática jurídica civil para graduação e exame da OAB*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Da dificuldade de prova nas ações derivadas de erro médico. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O princípio da dignidade humana como fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais. In: ARAGÃO, Paulo; ROMANO, Letícia Danielle; TAYAH, José Marco (Coord.). *Reflexiones sobre derecho latinoamericano*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2012, v. 8.

*Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

*Da defesa do consumidor em juízo por danos causados em acidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.

Reflexões sobre a inversão do ônus da prova. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010.

*Curso de direito do consumidor (para concursos)*. São Paulo: Curso Robortella, 2006.

Dano moral coletivo nas relações de consumo. In: AUGUSTIN, Sergio (Coord.). *Dano moral e sua quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2005, edição em CD-ROM.

Por uma nova teoria da reparação por danos morais. In: AUGUSTIN, Sergio (Coord.). *Dano moral e sua quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2005, edição em CD-ROM.

*Lições de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas (prelo), v. 2.

## II – Artigos

Do conceito ampliado de consumidor. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 30, São Paulo: Síntese/IOB, jul./ago. 2004.

Da justiça gratuita como instrumento da democratização do acesso ao judiciário. *Júris Síntese*, nº 48, edição em CD-ROM, Porto Alegre: Síntese, jul./ago. 2004.

Dano moral coletivo nas relações de consumo. *Júris Síntese*, nº 49, edição em CD-ROM, Porto Alegre: Síntese, set./out. 2004.

União estável: conceito, alimentos e dissolução. *Revista Jurídica Consulex*, nº 196, Brasília: Consulex, mar. 2005. Republicado na *Revista IOB de Direito de Família*, nº 51, São Paulo: IOB, dez./jan. 2009.

Responsabilidade civil por abuso de direito. *Júris Síntese*, nº 51, edição em CD-ROM. São Paulo: Síntese/IOB, jan./fev. 2005.

Excludentes de responsabilidade em face do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, nº 23, out./nov. 2008.

Por uma nova teoria da reparação por danos morais (II). *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2005. Publicado também na *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese/IOB, nº 33, jan./fev. 2005.

Abandono moral – fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 34. São Paulo: Síntese/IOB, mar./abr. 2005. Incluído também no *Repertório de Jurisprudência IOB* nº 7/2005. Republicado na *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, São Paulo: IOB, fev./mar. 2008.

Da ilegalidade da cobrança da assinatura mensal dos telefones. *Júris Plenum*, nº 82, edição especial sobre tarifa básica de telefonia, edição em CD-ROM, Caxias do Sul: Plenum, maio 2005.

Dano moral pela inclusão indevida na Serasa (indústria do dano moral ou falha na prestação dos serviços?). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2005. Publicado também na *Revista do Factoring*, São Paulo: Klarear, nº 13, jul./ago./set. 2005 e na *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, nº 12, dez./jan. 2007.

Responsabilidade dos bancos pelos emitentes de cheques sem fundos. *Júris Plenum*, nº 88, edição em CD-ROM, Caxias do Sul: Plenum, maio 2006.

O princípio da dignidade humana e a interpretação dos direitos humanos. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 07/2009.

Assédio moral: individual e coletivo. *Revista do Direito Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo: Lex, nº 19, jan./jun. 2007. Republicado na *Revista Magister do Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, nº 19, jul./ago. 2007.

Erro médico e dano moral: como o médico poderá se prevenir? *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, nº 18, dez./jan. 2008.

Nova execução por títulos judiciais: liquidação e cumprimento de sentença (Lei nº 11.232/05). *Revista Magister de Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, nº 24, maio/jun. 2008. Publicado também na *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, nº 58, São Paulo: IOB, mar./abr. 2009.

Responsabilidade civil nas relações de consumo. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, nº 34, ago./set. 2010; *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: IOB, nº 68, nov./dez. 2010.

Dano moral: por uma teoria renovada para quantificação do valor indenizatório (teoria da exemplaridade). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, nº 79, set./out. 2012.

Ulysses Guimarães: “uma vida dedicada à construção da democracia brasileira”. Publicado no site da Revista LEX-MAGISTER em 19.12.2012, disponível em: <<http://www.lex.com.br/doutrina>>.

Comentários aos arts. 101 a 104 do CDC e Lei Estadual (SP) nº 12.675/07. In: MACHADO, Costa (Org.). *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. Barueri: Manoel, 2013.

### III – Tem artigos publicados (como colaborador) nas seguintes revistas e sites jurídicos

Academia Brasileira de Direito (Abadir) – <<http://www.abdir.com.br>>

Âmbito Jurídico – <<http://www.ambitojuridico.com.br>>

Argumentum Jurídico – <[www.argumentum.com.br](http://www.argumentum.com.br)>

Boletim Jurídico – <<http://www.boletimjuridico.com.br>>

Consultor Jurídico (Conjur) – <<http://www.conjur.com.br/>>

Direito Net – <<http://www.direitonet.com.br/>>

Escritório online – <<http://www.escriptorioonline.com.br>>

Exjure – <<http://www.exjure.com.br>>

Jurid – <<https://secure.jurid.com.br>>

Juristas – <<http://www.juristas.com.br>>

Jus Navigandi – <<http://jus.uol.com.br>>

Jus Vigilantibus – <<http://jusvi.com>>

Lex Editora – <<http://www.lex.com.br>>

Magister Editora – <<http://www.editoramagister.com/doutrina.php>>

Prolegis – <<http://www.prolegis.com.br>>

Revista do Factoring – <<http://www.revistadofactoring.com.br>>

Travelnet – <<http://tvtem.globo.com/juridica>>

Trinolex – <<http://www.trinolex.com>>

Suprema Corte – <<http://www.supremacorte.org>>

Última Instância – <<http://ultimainstancia.uol.com.br>>

Universo Jurídico – <<http://www.uj.com.br>>

### IV – Outros livros publicados pela Atlas no formato e-book.

*Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, 2. ed., 2013.

*Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2. ed., 2011.

*Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência*, 2. ed., 2012.

*Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidentes de consumo*, 2010.

*Manual de prática jurídica civil: para graduação e exame da OAB*, 3. ed. 2012.



# Sumário

---

*Apresentação*, xvii

## **Parte I – Noções Gerais de Responsabilidade Civil, 1**

### **1 Evolução Histórica da Responsabilidade Médica, 3**

- 1 Antiguidade, 3
- 2 Direito romano, 4
- 3 Na era moderna, 5
- 4 Notas conclusivas, 7

### **2 Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro, 10**

- 1 A importância do Código de Defesa do Consumidor, 10
- 2 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, 11
- 3 Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor, 13
- 4 Responsabilidade no Código Civil, 14
- 5 Responsabilidade objetiva do Estado, 15
  - 5.1 A responsabilidade do Estado e a Constituição de 1988, 16
  - 5.2 Da teoria do risco administrativo, 17

### **3 Da Culpa ao Risco – Evolução da Teoria, 19**

- 1 Responsabilidade subjetiva (culpa), 19
- 2 Da culpa presumida, 20
- 3 Responsabilidade objetiva (risco), 21
- 4 Teoria da perda de uma chance, 25

- 5 Teoria *res ipsa loquitor*, 27
- 4 O Dano Indenizável, 29**
  - 1 Notas introdutórias, 29
  - 2 Dano material ou patrimonial, 30
    - 2.1 Dano emergente (*damnum emergens*), 31
    - 2.2 Lucros cessantes, 31
  - 3 Dano moral ou extrapatrimonial, 32
    - 3.1 Da caracterização do dano moral, 33
    - 3.2 Da prova do dano moral, 34
    - 3.3 Dos fundamentos da reparação do dano moral, 35
  - 4 Dano estético, 37
    - 4.1 Da cumulatividade com dano material e moral, 38
    - 4.2 Da legitimidade postulatória, 40
  - 5 Dano reflexo ou a ricochete, 41
  - 6 Jurisprudência, 42
- 5 Nexo Causal e as Excludentes de Responsabilidade, 46**
  - 1 Conceito e fundamentos, 46
  - 2 Teoria da causalidade adequada, 47
  - 3 Outras teorias sobre o nexo causal, 48
  - 4 Concausa, 49
  - 5 Exclusão do nexo causal, 50
    - 5.1 Culpa exclusiva da vítima, 50
    - 5.2 Fato de terceiro, 51
    - 5.3 Caso fortuito ou de força maior, 52
  - 6 O nexo causal e o Código de Defesa do Consumidor, 54
    - 6.1 Inexistência do defeito apontado, 54
    - 6.2 Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, 55
    - 6.3 Outras possíveis excludentes (não previstas no Código de Defesa do Consumidor), 56
      - 6.3.1 Caso fortuito e força maior, 56
      - 6.3.2 Culpa concorrente, 58
  - 7 Jurisprudência, 59
- 6 Natureza Contratual dos Serviços Médicos, 65**
  - 1 Teoria geral das obrigações, 65
  - 2 A natureza jurídica da prestação do serviço médico, 67
  - 3 Obrigação de meio e obrigação de resultado, 69
  - 4 Obrigação de segurança, 70
  - 5 Obrigação de meio na atividade médica em geral, 72

- 6 Obrigação de resultado na cirurgia plástica, 73
- 7 Jurisprudência, 73
- 7 O Princípio da Dignidade Humana e sua Proteção Jurídica, 78**
  - 1 O princípio da dignidade humana, 78
  - 2 Direitos da personalidade, 80
  - 3 O direito de morrer com dignidade, 84
    - 3.1 O direito à morte digna como decorrência do princípio da dignidade humana, 85
    - 3.2 Autonomia da vontade do paciente e a morte digna, 88
    - 3.3 Conclusões, 89
  - 4 O papel do Judiciário, 90
  - 5 Quanto aos operadores do direito, 91
  - 6 Conclusão, 92

## **Parte II – Erro Médico em Espécie, 93**

- 8 Responsabilidade Civil do Médico, 95**
  - 1 Histórico, 95
  - 2 Responsabilidade do médico e a culpa provada, 96
  - 3 Da imprudência, 98
  - 4 Da negligência, 99
  - 5 Da imperícia, 100
  - 6 Erro grosseiro, 101
  - 7 Erro escusável, 102
  - 8 Direitos do médico, 103
  - 9 Deveres do médico, 104
  - 10 Consentimento informado, 105
  - 11 Indenizações por erro médico: como o médico poderá se prevenir?, 107
  - 12 Jurisprudência, 109
    - 12.1 Culpa médica e a responsabilidade subjetiva, 109
    - 12.2 Imprudência, negligência e imperícia, 112
    - 12.3 Erro grosseiro (diagnóstico, procedimento ou tratamento), 114
    - 12.4 Consentimento informado, 118
- 9 Erro Médico em Cirurgia Plástica, 121**
  - 1 Notas introdutórias, 121
  - 2 Cirurgia corretiva e de embelezamento, 122
  - 3 Dever de informação, 124
  - 4 Jurisprudência, 126

## **10 Erro Médico do Anestesista, 130**

- 1 Notas introdutórias, 130
- 2 Obrigação de meio ou de resultado?, 131
- 3 Responsabilidade individualizada, 133
- 4 Jurisprudência, 134

## **11 Responsabilidade Objetiva dos Hospitais, Clínicas e Similares, 138**

- 1 Notas introdutórias, 138
- 2 Responsabilidade objetiva em face do Código de Defesa do Consumidor, 139
- 3 Responsabilidade do hospital em face do Código Civil, 146
- 4 Responsabilidade do hospital pelo médico que não é seu funcionário, 147
- 5 Responsabilidade dos hospitais públicos, 148
- 6 Responsabilidade por infecção hospitalar, 149
- 7 A Lei nº 12.653/12 e a proibição de caução, 150
- 8 Iatrogenia, 152
- 9 Dos riscos próprios da atividade médica, 153
- 10 Jurisprudência, 155
  - 10.1 Responsabilidade objetiva dos hospitais, 155
  - 10.2 Responsabilidade dos hospitais públicos, 162
  - 10.3 Diversos, 168

## **12 Responsabilidade dos Planos de Saúde, 170**

- 1 Notas introdutórias, 170
- 2 A lei dos planos de saúde, 171
- 3 Negativa de autorização para internação ou tratamento, 172
- 4 Limitação temporal da internação, 173
- 5 Negativa de atendimento sob alegação de doença preexistente, 174
- 6 Solidariedade entre planos de saúde, médicos e hospitais, 175
- 7 Jurisprudência, 176

## **Parte III – Questões Práticas, 187**

### **13 Questões Processuais Relevantes, 189**

- 1 Legitimidade *ad causam*, 189
  - 1.1 Legitimidade ativa, 189
  - 1.2 Legitimidade passiva, 192
  - 1.3 Solidariedade passiva, 192
    - 1.3.1 Solidariedade entre o médico e o hospital, 193
    - 1.3.2 Solidariedade entre o médico, o hospital e o plano de saúde, 193
    - 1.3.3 Solidariedade entre o médico e o hospital público, 194

- 2 Competência do juízo, 195
- 3 Proibição de denunciação à lide, 196
- 4 Reflexões sobre as provas, 197
  - 4.1 Alcance e importância das provas, 197
  - 4.2 Ônus probatório, 199
  - 4.3 Ônus probatório e o papel do juiz na coleta de provas, 199
  - 4.4 Provas diretas, 201
  - 4.5 Provas indiretas: indícios e presunções, 201
  - 4.6 A prova pericial e o corporativismo da classe médica, 203
  - 4.7 Inversão do ônus probante, 206
    - 4.7.1 Momento da inversão, 208
    - 4.7.2 Quem deve arcar com os custos da realização da prova?, 209
    - 4.7.3 Determinação de ofício ou a requerimento da parte?, 210
    - 4.7.4 Notas conclusivas, 211
  - 4.8 Teoria da carga probatória dinâmica, 212
- 5 Produção antecipada de provas, 214
- 6 Tutela antecipada, 215
- 7 Valor da causa e sucumbência, 219
- 8 Prescrição, 222
- 9 Jurisprudência, 224
  - 9.1 Legitimidade, 224
  - 9.2 Solidariedade, 226
  - 9.3 Competência, 228
  - 9.4 Proibição de denunciação da lide, 229
  - 9.5 Provas, 231
  - 9.6 Indícios, presunções e perda da chance, 234
  - 9.7 Inversão do ônus da prova, 239
  - 9.8 Produção antecipada de provas, 242
  - 9.9 Tutela antecipada e medida cautelar, 243
  - 9.10 Prescrição, 246
- 14 Do Processo Administrativo Disciplinar, 249**
  - 1 O Código de Ética Médica, 249
  - 2 O processo administrativo, 252
  - 3 O devido processo legal, 253
  - 4 Recurso à Justiça comum, 254
  - 5 Prescrição, 255
  - 6 É crescente o número de processos contra os médicos por infrações éticas, 256
  - 7 A contribuição do Cremesp para melhoria da qualificação dos médicos: exame final de curso, 257

**15 Seguro de Responsabilidade Civil  
por Erro Médico, 259**

- 1 Notas introdutórias, 259
- 2 Situação atual do seguro de responsabilidade profissional, 260
- 3 Entidades representativas da classe são contra, 262
- 4 Seguro obrigatório, 263
- 5 Notas conclusivas, 263

*Notas Bibliográficas, 265*



# Apresentação

---

Os médicos salvam vidas e os hospitais auxiliam na recuperação dos doentes e parece inusitado supor que a atuação deles provoque resultado inverso. Consta ter René Leriche afirmado que “*cada cirurgião transporta consigo um pequeno cemitério, onde vai periodicamente rezar. Um cemitério de amarguras e de lamentações, onde procura também a razão para alguns de seus erros*” [apud José Fragata e Luís Martins, in *O erro em medicina*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 276].

Terminei a leitura da mais recente obra jurídica de Nehemias Domingos de Melo, intitulada *Responsabilidade civil por erro médico*, no auge da epidemia da dengue no Estado do Rio de Janeiro, uma triste realidade que pune inocentes com a morte, especialmente crianças, traumatizando famílias que sofrem com a perda. Os políticos tentam encobrir a verdade ruim com estatísticas que ninguém compreende, enquanto os médicos vivem uma experiência capaz de prejudicar sua carreira e sua vida. O caderno Vida&, do jornal *O Estado de S. Paulo*, publicou queixas de dois pais de vítimas fatais que reclamam de negligência de médicos pediatras que teriam falhado no diagnóstico da doença dos filhos, quando trataram, inutilmente, dengue hemorrágica como se fosse virose e ou rinite alérgica [“Médicos não sabem diagnosticar dengue”, edição de 23.3.2008, A-30].

Caberia indenização? Houve culpa dos médicos? Segundo a reportagem mencionada, os pais das crianças mortas irão promover ações civis de reparação dos danos, e serão mais duas demandas no rol dos milhares de processos promovidos contra médicos. O tema escolhido pelo eminente Advogado e Professor Nehemias Domingos de Melo continua atualíssimo e, como sempre, emblemático. A medicina é falível, e os riscos existem em todos os setores e, da mesma maneira que é injusto deixar indene o prejuízo do mau desempenho, não é justo que se obrigue o médico a pagar pela falibilidade da ciência médica.

O desafio de um jurista que se aventura em doutrinar operadores do direito sobre questões de erros de médicos reside exatamente em definir o ponto exato em que esse serviço extraordinário que se presta, não raro em condições adversas, perde o aspecto sublime da sua missão humanitária para se transformar em ato ilícito, que, como tal [artigo 186, do CC], obriga o sujeito a reparar os danos que dele decorrem. Um livro de doutrina é desnecessário se o seu autor não assumir posições claras e fundamentadas e, nesse ponto, não cabe censura ao Prof. Nehemias, que, logo no Capítulo 3, afirma ser “imperioso que se priorize a posição da vítima, pois, mesmo frente à comprovação de que o profissional não agiu com culpa, menos culpa terá ela própria pelo infortúnio a que tenha sido exposta”.

O tema “erro de médico e responsabilidade civil pelos danos da culpa profissional” é recheado de inquietações e aguça o espírito dos que creem em justiça do processo civil. A saúde é frágil, e não raro os médicos são inocentados das denúncias. As vítimas reclamam das sentenças que dão pela improcedência de suas ações, e as dúvidas do acerto dos julgados atormentam a consciência dos juristas. Será que se pode admitir que os pais que testemunham a tetraplegia de um filho menor, por paralisia decorrente de falta de oxigenação no cérebro causada por anestesia, possam, em nome deles, pleitear danos morais pelo infortúnio familiar? O Prof. Nehemias responde de forma afirmativa quando analisa a capacidade postulatória [item 4.2, Capítulo 4] e se coloca em dia com a literatura comparada [na Itália, Luigi Galdino, apud *La responsabilità extracontrattuale*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, p. 224].

O Prof. Nehemias analisa a cirurgia plástica com criteriosa pesquisa sobre a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião, para concluir, com propriedade, sobre a relevância do consentimento esclarecido, exatamente porque a falta de informação adequada dos riscos da operação poderá alterar a regra que distribuiu o ônus da prova, o que é absolutamente consentâneo com precedente do colendo STJ [AgRg no Agravo de Instrumento nº 818.144 SP, Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 05.11.2007], quando se afirmou que “o médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação”.

O leitor poderá discordar de determinadas posições do Dr. Nehemias Domingos de Melo, como a de que o médico anestesista assume uma obrigação de resultado quando é contratado para anestésiar o paciente de um ato cirúrgico. Há divergências sobre o assunto, porque se advoga a tese de existir um risco natural contra a previsibilidade de êxito da providência médica, o que impede que se obrigue o médico a responder sempre quando as adversidades atuarem no centro cirúrgico. Porém, o mérito da obra reside na postura do autor que fundamenta sua convicção, o que é próprio do bom doutrinador.

Sempre há em um trabalho jurídico um destaque e, salvo equívoco sobre minhas previsões, o ponto culminante do presente estudo está na parte em que

se sustenta a responsabilidade objetiva do hospital, ainda que o dano tenha derivado de falha do médico. O Prof. Nehemias defende não existir privilégio ao empregado que atua nos hospitais, de modo que, na forma da Lei nº 8.078/90, art. 14, a empresa hospitalar, como prestadora de serviços, responde independentemente da prova da culpa dos médicos. Vale a pena ler os parágrafos que fecham o seu raciocínio, pois animam a refletir acerca dessa controvertida questão.

Estou extremamente lisonjeado com a honra de apresentar o livro que versa essas e outras importantes matérias, certo de esse trabalho constituir uma contribuição honesta para aperfeiçoar esse complexo fenômeno do Direito Civil. A responsabilidade civil existe para reparar o dano injusto, embora não seja instrumento para sacrificar o patrimônio de pessoas que não atuaram de forma ilícita ou que exploram, de forma adequada, atividades e serviços perigosos para a incolumidade das demais pessoas. O equilíbrio da sentença deve ser apurado de acordo com os princípios gerais do direito e as provas dos fatos, tarefa que é facilitada com análise de precedentes emitidos em casos similares e pela leitura de doutrina coerente com as novas tendências. A obra do Prof. Nehemias é a síntese da experiência do Professor e do Advogado, preenchendo os requisitos para ser fonte obrigatória de consulta.

Externo minhas sinceras congratulações ao autor pelo conteúdo da obra e aproveito para dar os parabéns à Editora Atlas, pela publicação. A literatura jurídica não é abundante no capítulo “erro do médico” e, agora, se enriquece com a obra que promete ser um sucesso.

Leiam a obra, meditem sobre o seu conteúdo e tomem posições quanto aos temas analisados, como aconteceu comigo. Esse é o desejo do escritor, e tenho certeza de que ele atingirá o seu objetivo.

*Ênio Santarelli Zuliani*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



# Parte I

---

Noções Gerais de Responsabilidade Civil



# Evolução Histórica da Responsabilidade Médica

---

## 1 Antiguidade

Não é difícil imaginar em que momento, na história da vida do homem, nasceram a dor e a doença. Não temos dúvidas de que elas surgiram com o nascimento do próprio homem, fazendo surgir também, e ao mesmo tempo, a necessidade de busca de soluções para a cura da dor e de superação da doença, bem como do prolongamento da vida, que se pretende eterna.

As primeiras atividades nesse campo não tinham uma preocupação de estudo das patologias, mas, principalmente, de encontrar meios de cura, o que se fazia através do empirismo. Assim, algumas pessoas, como curiosas e observadoras, receitavam determinadas ervas como remédio para curar uma dor, ou, diante de uma fratura, determinavam o modo pelo qual deveria imobilizar-se para solidificar a fratura, fazendo surgir assim, através da experiência concreta, aqueles que na comunidade se destacavam como os expertos ou taumaturgos, qualidades que lhes eram conferidas pela comunidade, ou eles próprios assim se autorrotulavam.<sup>1</sup>

Essa aura em muito fazia com que aqueles curandeiros, magos ou sacerdotes fossem vistos como dotados de poderes sobrenaturais, distinguindo-se dos demais tendo em vista que eles não podiam ser iguais aos outros homens; nem podiam ter uma rotina semelhante, eis que o respeito e a confiança na sua atividade, bem como a eficácia, dependiam de estar envolvidos nessa aura de mistério que muito impressionava o grupo social. Por essas razões, suas roupas, comidas, o próprio sistema de vida e os pensamentos eram, e precisavam ser, diferentes dos demais integrantes da comunidade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Miguel Kfoury Neto. *Responsabilidade civil do médico*, p. 28.

<sup>2</sup> João Monteiro de Castro. *Responsabilidade civil do médico*, p. 20.

Embora se possam encontrar registros de práticas médicas na mais remota antiguidade, o primeiro documento histórico que tratou especificamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Alguns artigos tratam de normas gerais com relação à atividade médica, outros são mais específicos. Esse Código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão, caso fosse imperito. Tais penas eram aplicadas quando ocorria morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois, quando se referisse a escravo ou a animal, a previsão era de ressarcimento do dano.<sup>3</sup>

A ideia presente no Código de Hamurabi, assim como no Código de Manu e, posteriormente, na Lei das XII Tábuas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penais, com a finalidade de constrianger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos. Observa-se nesses Códigos que a ideia mais segura e eficaz para refrear os instintos antissociais era o rigorismo das penas. Tal orientação influenciou os preceitos normativos e os ordenamentos jurídicos das sociedades que se sucederam no curso da história.<sup>4</sup>

Foi com os gregos que a medicina tomou forma de ciência e passou a contar com explicações racionais das doenças e formas técnicas de cuidados, deixando de ter somente a concepção mágica que a cercava, para ter uma compreensão mais racional de suas origens. A par disso, as crenças e as superstições continuaram a ser prestigiadas, pois estávamos entre os séculos VI e II antes de Cristo. Informa Nestor José Forster que é com Hipócrates, aquele que até hoje é cultuado como o pai da medicina, que a visão até então existente a respeito da atividade médica passou a ser revista e a ganhar novos contornos, agora de cunho racional e científico.<sup>5</sup>

## 2 Direito romano

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente podem ser encontrados no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, donde se extrai: “*sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam computari ei debet*” (assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia). Daí por que Jorge Mosset Iturraspe afirmar que, apesar de a medicina ser uma verdadeira arte, já se falava nessa época em *imperitia* do médico e já se o fazia responsável quando em seu ofício causava, precisamente por essa falta de habilidade ou conhecimento, um dano ao paciente.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Miguel Kfourri Neto, op. cit. p. 29.

<sup>4</sup> Clayton Reis. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 9.

<sup>5</sup> Citado por Patrícia Panisa in *O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica*, p. 34-35.

<sup>6</sup> *Responsabilidad civil del medico*. Buenos Ayres: Astrea, 1979 (apud: Teresa Ancona Lopez de Magalhães. *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 309).

A evolução da responsabilidade civil se deu exatamente no Direito Romano, cujo ponto de partida foi a vingança privada, como forma espontânea e natural de reação ao mal sofrido, avançando depois para uma forma de responsabilização através da composição com o ofensor, chegando à célebre lei Aquília que erigiu a estrutura jurídica e a construção da doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa, conforme até hoje conhecemos.<sup>7</sup>

### 3 Na era moderna

Do ressarcimento do dano a partir da pena físico-pessoal do “olho por olho” e “dente por dente” para o ressarcimento do dano através do patrimônio do lesante, foi preciso transcorrer séculos de história.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presente em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência da responsabilidade aquiliana que continua a ser o norte das legislações modernas.<sup>8</sup>

É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos.

Miguel Kfourri Neto,<sup>9</sup> referindo-se à obra de Newton Pacheco, ressalta a prudência e a circunspeção com que as Cortes francesas analisaram a responsabilidade médica, de cuja análise ressalta o caso, tido como revolucionário, datado de 1832, em que sobressai a atuação do Procurador Dupin, cujo caso, em resumo, foi o seguinte: o médico Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

<sup>7</sup> Nesse sentido, ver Alvino Lima in *Culpa e risco*, p. 20 ss.

<sup>8</sup> Alvino Lima, op. cit. p. 29.

<sup>9</sup> Op. cit. p. 35.

A sociedade francesa dividiu-se. De um lado, a Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, atendendo à solicitação do Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época, que apresentaram laudo com as seguintes conclusões: (1) nada provado que o braço fetal estivesse macerado; (2) nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; (3) não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; (4) a operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

O Tribunal de Comfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

Então, doutrinou o Procurador Dupin – e a ensinança ainda hoje revela-se atual: *“do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa”*.<sup>10</sup>

Outro caso notório é relatado em minúcias por Carvalho Santos,<sup>11</sup> agora tratando-se de cirurgia estética, cujo debate Aguiar Dias transcreve em sua obra, e Caio Mário da Silva Pereira sintetiza da seguinte forma: trata-se de uma jovem senhora, bonita e gozando saúde, que se submeteu a uma cirurgia com a finalidade de corrigir o excesso de volume nas pernas. Procurando um hospital de bom conceito e consultando um profissional reputado, este a desenganou de conseguir o resultado almejado mediante tratamento clínico, e declarou-lhe que a cirurgia estética não era a sua especialidade. Advertida dos riscos de toda cirurgia, confiou-se aos cuidados de um especialista que a animou. Realizada a operação, com retirada de tecido adiposo, não se completou a sutura dos bordos da incisão, o que levou o médico a envolver a perna operada para provocar a cicatrização. Sofrendo terríveis dores uma vez passado o efeito da anestesia, agravaram-se estas. Após vários esforços e tentativas, sobreveio a gangrena de que resultou a amputação do membro operado. Proposta ação contra o médico, que foi acusado de erro operatório e de negligência por abandono da cliente de quem deveria estar junto para prestar todos os cuidados e ainda de falta de advertência sobre os riscos cirúrgicos, foi objeto de ataque a operação em si mesma, tendo por centro o argumento de que o corpo humano é sagrado. Defendeu-se o médico de todas as acusações. Os advogados desenvolveram seus *plaidoyers* e oficiou o procurador-geral. A sentença foi condenatória: a par de outras considerações

<sup>10</sup> Newton Pacheco. *Erro médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-25 (apud: Miguel Kfourri Neto. *Responsabilidade civil do médico*, p. 35-36).

<sup>11</sup> Código Civil brasileiro interpretado, v. 21, p. 268 ss, citado por Aguiar Dias in *Responsabilidade civil*, v. I, p. 294-298; e resumido por Caio Mário da Silva Pereira in *Responsabilidade civil*, p. 155-156.

subjetivas, a mesma assentou que, pelo simples fato de se realizar uma operação na qual não se vislumbrava qualquer utilidade para a saúde, era de se impor a responsabilização do médico.

Foi a partir de Josserand<sup>12</sup> e com base na sua tese de que os médicos deveriam responder contratualmente pelos danos resultantes de tratamento contra-indicado ou de uma intervenção infeliz que a Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa, em famoso julgado de 20 de maio de 1936, reconheceu que a responsabilidade médica era de natureza contratual.

É também na França que encontramos o primeiro julgado reconhecendo a possibilidade de condenação de um médico a partir da aplicação da teoria da “perda de uma chance”. O fato ocorreu em 1957, foi julgado pela Corte de Apelação de Paris em 1964, que considerou não poder se estabelecer com precisão um nexo de causalidade entre a ação do médico e a invalidez do menor. O caso veio a ser reapreciado pela 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação, modificando o entendimento de primeira instância, assentando sua decisão nas seguintes premissas: “presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilização”. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação de que o médico teria perdido a chance de agir de modo diverso, causando, por conseguinte, a invalidez ao menor, razão por que foi condenado a pagar uma indenização no valor de 65.000 francos.<sup>13</sup>

Em face desse breve relato, é possível afirmar que, na época moderna, foi no direito francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se substanciariam com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil.<sup>14</sup>

#### 4 Notas conclusivas

Constata-se que a medicina progrediu e acompanhou a evolução da sociedade moderna. Os avanços e os progressos científicos e tecnológicos da ciência médica fizeram surgir um aumento quantitativo e qualitativo dos recursos postos à disposição dos profissionais, ampliando-se as possibilidades de cura e de prolongamento na expectativa de vida útil.

Nesse contexto, adverte João Monteiro de Castro que “o crescente incremento da tecnicidade da medicina, que serve de pano de fundo à maioria dos erros médicos e que deve ser desvendada para identificá-los de modo a dirimir o mérito da ação, traz ínsita uma dificuldade suplementar aos magistrados, na medida em que a circunstância de serem leigos na arte médica, impõe-lhes lidar com a sin-

<sup>12</sup> *Evolução da responsabilidade civil*, p. 548.

<sup>13</sup> Cf. Miguel Kfoury Neto in *Responsabilidade civil do médico*, p. 37.

<sup>14</sup> Hildegard Taggesell Giostri. *Erro médico*, p. 31-32.

*ceridade de perito, já denunciados pela doutrina como muitas vezes tendentes a preservar a fraternidade profissional, o que acaba por jogar sobre os ombros da vítima uma tarefa quase hercúlea para provar o dano e, sobremaneira, a culpa e o nexó de causalidade”.*<sup>15</sup>

O desenvolvimento revolucionário da ciência médica, com a ajuda de novos medicamentos, novas técnicas e novos equipamentos, permite ao médico, cada vez mais, maior controle sobre a saúde, a vida e a morte do paciente. De outro lado, aumentam os riscos de erros que podem decorrer de inúmeros fatores, tais como os erros induzidos por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório; da falta de equipamentos adequados postos à disposição do facultativo, pelo hospital; da massificação do ensino com a conseqüente queda na qualidade de formação dos futuros médicos; da falta de remuneração adequada, o que obriga a maioria dos médicos a trabalhar em mais de uma unidade, em plantões extensos e fatigantes; da falta de especialização e conhecimentos adquiridos, em face da impossibilidade, dentre tantas outras causas.

Consideremos os impactos do progresso técnico nas atividades médicas de que advertiu Savatier;<sup>16</sup> tais técnicas, aumentando a segurança e a vida humana, exigem do médico, para usá-las devidamente, permanente atualização e novos conhecimentos, tudo na defesa do interesse de seus pacientes.

Tudo isso nos remete à necessidade de um estudo mais aprofundado da responsabilidade civil aplicada especialmente à atividade médica, tanto no que diz respeito aos seus aspectos contratuais, quanto ao estudo da culpa e do risco, além das excludentes aplicáveis à espécie. De outro lado, necessário se faz estudar de maneira minudente a responsabilidade dos hospitais e, ainda dentro da atividade médica em geral, a atividade individualizada do médico anestesista, bem como do cirurgião plástico.

Na inexistência de um seguro social que garanta a todos a devida reparação frente à existência de um dano, esse estudo ganha importância, tendo em vista que a responsabilidade é uma batalha na luta pela completa reparação dos danos. Conforme ensina o magistrado Ênio Santarelli Zuliani: “*Resultados adversos, isolados, inexplicáveis, não formam barreiras intransponíveis para que se idealize uma fórmula capaz de permitir, sem desestruturar a atividade médica, que se faça justiça para as vítimas do erro profissional.*”<sup>17</sup>

Considere-se, por fim, que os direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente a garantia constitucional da dignidade, não podem ser impunemente afrontados. Assim, e fazendo coro com as palavras de Irany Novah Moraes,<sup>18</sup> há de se reconhecer que cada dia fica mais difícil aos médicos distinguir o que

<sup>15</sup> *Responsabilidade civil do médico*, p. 25.

<sup>16</sup> René Savatier. *Comment réviser la conception actuelle de la responsabilité civile*, p. 29.

<sup>17</sup> Inversão do ônus da prova. *COAD Seleções Jurídicas*, v. 1, p. 12.

<sup>18</sup> *Erro médico e justiça*, p. 625.

seja o mínimo de respeito à dignidade ou até mesmo discernir sobre o profundo valor da vida humana, deseducados que estão, em razão da deformação originada nas péssimas condições de trabalho e no desumano atendimento prestado por hospitais, clínicas e outros centros. O médico humanizado, aquele que vê no doente não apenas um caso clínico, não a máquina de transtornos, mas reconhece naquele corpo chagado um ser humano, que tem direitos aos cuidados e desvelos, esse estará infesto aos males e mesquinhas das relações puramente comerciais ou gelidamente científicas. Estará apto para viver a grande luta pela recuperação da saúde e da vida de seu paciente.

A luta pela humanização da medicina com a conseqüente humanização dos serviços médicos somente será coroada de êxito quando houver um despertar de consciência que envolva os médicos, os doentes e seus familiares, a imprensa, o poder público, as sociedades de prestação de serviços médicos e até mesmo o judiciário, com a devida inversão de valores, de tal sorte a colocar o ser humano como o centro de todos os interesses que movimentam essa nobre arte de curar, que é a medicina.

# Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

---

## 1 A importância do Código de Defesa do Consumidor

É de fundamental importância destacar, inicialmente, que o Código de Defesa do Consumidor nasceu por expressa determinação constitucional. Rememore-se que o constituinte de 1988 alçou a defesa do consumidor a *status* constitucional, ao inserir, dentre os direitos e garantias fundamentais, a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Ademais, ao regular os princípios pelos quais se deve reger a ordem econômica, incluiu a defesa do consumidor como postulado a ser respeitado (CF, art. 170). Não bastassem estas duas inserções, ao tratar das Disposições Constitucionais Transitórias o legislador constituinte determinou ao legislador ordinário que elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (ADCT, art. 48).<sup>1</sup>

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ao ser elaborado por expressa determinação constitucional e ao se autodenominar norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º), assegurou sua aplicação, enquanto microssistema legal, a todos os ramos do direito, em que a presença do consumidor possa ser encontrada. Daí poder afirmar que, sempre que houver uma relação de consumo, a lei a ser aplicada será a lei consumerista, não importando tratar-se de relação contratual ou extracontratual, isto porque as regras principiológicas do Código de Defesa do Consumidor hão de permear todo o sistema jurídico vigente para assegurar a sua prevalência frente a qualquer outra norma que com ela colida.

Sem temer exageros, podemos fazer coro às palavras de Sergio Cavaliere Filho ao afirmar que o Código de Defesa do Consumidor, enquanto emanção da

---

<sup>1</sup> Conforme já anotamos em nossa obra *Dano moral nas relações de consumo*, p. 10.

própria Constituição, “*não é uma mera lei geral; ele é uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável a todas as relações de consumo, qualquer que seja o ramo do direito onde vierem a ocorrer*”.<sup>2</sup>

Fazendo uma analogia, podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor é para o consumidor o que a Consolidação das Leis do Trabalho é para o trabalhador: ambas são legislações dirigidas a determinado segmento da população, visando ofertar uma proteção especial aos mais fracos na relação jurídica. Ambas revolucionaram conceitos quando de suas promulgações. Ambas são prevalentes em face de qualquer outra norma legal que com elas colidam na matéria que regulam.

Em face de seu caráter protecionista, o Código do Consumidor não se limitou a conceituar o consumidor tão somente como destinatário final de produtos, criou outras figuras, tais como o consumidor por equiparação (art. 2º, parágrafo único, artigos 17 e 29), o consumidor vulnerável (art. 4º, I), o consumidor carente (art. 5º, I), o consumidor hipossuficiente que pode vir a ser beneficiário da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e o consumidor que necessita da proteção do Estado, ao assegurar o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6º, VII).

Nesse aspecto, oportuno trazer à baila o posicionamento do magistrado Ênio Santarelli Zuliani, que com sapiência fez a seguinte observação: “*o clima de insatisfação coletiva com os abusos no comércio obrigaram o Estado a intervir em busca de pacificação social, o que ocorreu com o advento da Lei nº 8.078, de 1990, um estatuto que orgulha o sistema jurídico brasileiro, justo porque seguindo a evolução do pensamento filosófico que protege o indefeso comprador do poder das grandes companhias de mercado, criou regras que moralizam o contrato de adesão*” e as demais relações de consumo.<sup>3</sup>

## 2 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva como fundamento da reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumo (arts. 12 a 14) e o fez embasado na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Por essa teoria, “*quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade*”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Programa de responsabilidade civil, p. 414.

<sup>3</sup> Acórdão publicado em *LEX-JTJ*, 200/30.

<sup>4</sup> Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 42.

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado a teoria do risco da atividade, em que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço é objetiva, essa responsabilidade é mitigada em razão da possibilidade de o fornecedor isentar-se do dever de indenizar se provar a ocorrência de uma das excludentes expressamente previstas, quais sejam: a não colocação do produto ou serviço no mercado; ou que, mesmo tendo colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; e, por fim, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3º, e art. 14, § 3º). Discute-se, ademais, se caberia invocar caso fortuito ou força maior, porém não adentraremos nesta discussão neste momento, deixando para tratar do assunto no Capítulo 5 item 6.3 que trata das excludentes de responsabilidade, em face das relações de consumo.

Pela teoria do risco da atividade ou risco proveito, quem desenvolve uma atividade com fins de lucros tem que assumir as responsabilidades decorrentes da própria atividade. A lógica se encontra no fato de que, se a atividade resulta em benefícios para seu empreendedor, nada mais justo que ele assuma os riscos pelos prejuízos que, eventualmente, esta atividade possa vir a causar a outrem. Assim, podemos afirmar, utilizando provérbio latino, “*Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*” (onde há o emolumento, aí deve também haver o ônus).

A adoção da teoria do risco proveito funda-se, portanto, na premissa de que as perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade comercial do agente causador do dano.

Embora utilizemos a expressão *risco proveito* como sinônimo de *risco atividade*, é preciso considerar que o dever de indenizar se assenta no fato de que aquele que desenvolve qualquer atividade há de se responsabilizar pelos danos que, eventualmente, sua atividade venha a causar a terceiros. A obtenção de proveito econômico na atividade desenvolvida não é requisito para que se atribua ao empreendedor o dever de indenizar. Como corolário, inexistente qualquer óbice à responsabilização civil daqueles que venham a provocar danos, no exercício de atividades não lucrativas. Logo, talvez devêssemos utilizar a denominação *risco criado*, expressão tão comumente utilizada pelo saudoso Caio Mário da Silva Pereira, que a defendia por entender que ela seria mais ampla e que permitiria à vítima uma melhor situação processual, na exata medida em que não seria obrigada a provar que a atividade rendia proveitos para seu idealizador.<sup>5</sup>

É importante salientar que o risco de que nos fala o Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 e 14, *caput, in fine*) está intimamente ligado ao dever jurídico de respeitar a integridade física, psíquica e patrimonial da vítima, seja ela o próprio consumidor ou o utente. Violado este dever jurídico, nascerá para o lesado o direito à indenização e, para o detentor da atividade, o dever de indenizar em razão de sua atividade. Nestas circunstâncias, não se discute a existência de culpa do agente, bastando à vítima demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade, para fazer nascer o dever indenizatório, pois se trata de responsabilidade objetiva.

<sup>5</sup> *Responsabilidade civil*, p. 284-285.

Esclareça-se por fim que o dever de indenizar não decorre de nenhuma proibição do exercício de atividades perigosas, porquanto o diploma legal em apreço não veda atividades perigosas; decorre tão somente em razão dos danos que esta atividade possa vir a desencadear. O que a lei procura assegurar é que haja uma integral indenização, de tal sorte que aquele que sofreu um dano por defeito na realização de uma atividade possa ter assegurado o direito à indenização, independentemente da discussão acerca da culpa do agente detentor da mesma.

Assim, a atividade de que tratamos poderá ser potencialmente perigosa ou não. Nestas circunstâncias, o importante é considerar que, se a atividade normalmente desenvolvida for a causa do dano, obrigará o seu explorador a indenizar a vítima, independentemente da existência de culpa, somente se isentando de tal dever se provar a ocorrência das eximentes expressamente prevista no Código consumerista.

### **3 Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor**

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, por falhas na prestação de serviços, deve ser fixada mediante a apuração de culpa, é o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º). Assim, a responsabilidade é subjetiva, constituindo-se em exceção à regra geral ínsita na lei consumerista.

Dessa forma, em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Importante esclarecer que profissional liberal é o prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera. Dentre estes se pode enquadrar o médico (com algumas exceções), o advogado, o engenheiro, o dentista e o arquiteto. Verifica-se, assim, que somente o profissional que age em nome próprio pode se beneficiar da exceção legislativa do Código de Defesa do Consumidor, não se podendo estender tal preceito às pessoas jurídicas às quais estejam vinculadas ou prestem serviços.<sup>6</sup>

Aspecto importante que releva comentar é que, conforme esclarece Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “o Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema ali-

<sup>6</sup> Cf. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, p. 79-80.

*cerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente*.<sup>7</sup>

## 4 Responsabilidade no Código Civil

O Código Civil brasileiro adota como regra o princípio da responsabilidade subjetiva, isto é, fundada na culpa (arts. 186 e 927, *caput*), pela qual a vítima somente obterá o direito à indenização se provar que o dano sofrido ocorreu por culpa do agente causador do dano. A culpa aqui referenciada é a *lato sensu*, que inclui, além da culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia), também o dolo.

Segundo o disposto no art. 186 do Código Civil, “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Desta conceituação podemos depreender que a expressão “*ação ou omissão voluntária*” está diretamente ligada à vontade do agente de agir ou se omitir, caracterizando assim o dolo, enquanto a “*negligência ou imprudência*” está diretamente ligada à culpa.

O legislador brasileiro não se preocupou em conceituar a culpa, tarefa esta reservada à doutrina. Nesse sentido, Aguiar Dias assevera que “*a culpa é a falta de diligência na observação da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude*”.<sup>8</sup>

Esclareça-se que, no campo da responsabilidade civil, o dever de indenizar pode até prescindir do dolo, bastando para tanto a simples existência da culpa. Além disso, independe da gradação da culpa (grave, leve ou levíssima), porque, conforme ensina Washington de Barros Monteiro, “*na responsabilidade aquiliana, é verdade trivial, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar (in lege Aquilia et levíssima culpa venit)*”.<sup>9</sup>

Pela teoria clássica da culpa, a vítima somente obterá a devida reparação do dano se provar, e isto é sua obrigação, que o agente teve uma conduta culposa. Assim, a obrigação de indenizar se assenta no dever moral de não prejudicar ninguém e no senso de justiça presente na sociedade. Como dizia os romanos: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu).

O Código adota ainda que subsidiariamente, e em situações bem específicas, a culpa presumida, como no caso da responsabilidade pela ruína de edifício (art.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>8</sup> *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 138.

<sup>9</sup> *Curso de direito civil*, v. 5, p. 387.

937). Por essa teoria, que não exclui a culpa, a novidade fica por conta da posição privilegiada em que se coloca a vítima, no que diz respeito ao ônus probatório, que, nesta circunstância, passará a ser dever do agente causador do dano. A culpa, que continua sendo requisito obrigatório, se inexistente, deverá ser provada pelo agente do ato que causou o dano. Se o agente não provar a inexistência de culpa pelo seu ato, arcará com as responsabilidades pelos danos que seu ato tenha causado a terceiros.

De toda sorte houve avanços, pois, seguindo a orientação abraçada pelo consumerismo brasileiro, o novo Código Civil adotou, ainda que parcialmente, a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade, pela qual não importa perquirir sobre a conduta do agente causador do dano. Nestas circunstâncias, não se discutirá a culpa do agente, conformando-se a ordem jurídica tão somente com a demonstração de que a atividade é de risco, ainda que regularmente exercida, e o nexo causal entre esta atividade e a agressão aos direitos de terceiros alheios à atividade normalmente desenvolvida (art. 927, parágrafo único, parte final). A dificuldade aqui residirá em enquadrar-se adequadamente o que venha a ser atividade de risco, porquanto a liberdade outorgada ao aplicador da lei permitirá que atividades já existentes, bem como outras futuras, possam ser enquadradas como de risco e, portanto, sujeitas à teoria da responsabilidade objetiva, com base no risco da atividade.

Aspecto que importa destacar é que, neste caso, embora a responsabilidade seja objetiva, o Código não adotou a teoria do risco integral, de tal sorte que, se o agente causador do dano provar uma das clássicas eximentes da responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou de força maior), poderá ficar isento do dever de indenizar.

## 5 Responsabilidade objetiva do Estado

A evolução da responsabilidade civil do Estado foi lenta e gradual e levou séculos para atingir o estágio atual, em que a responsabilidade da administração pública passou a ser objetiva. Antes disso, houve períodos em que a irresponsabilidade do Estado era absoluta e total, evoluindo depois para um estágio em que se podia responsabilizar o agente público causador do dano. Noutra fase, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado pelos atos que seus agentes provocassem, porém baseada na culpa, o que, a toda evidência, gerava uma impossibilidade de ressarcimento na medida em que o ônus da prova, para os administrados, sempre se mostrava extremamente difícil e algumas vezes até impossível.<sup>10</sup>

Contudo, houve uma evolução e, por fim, proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado firmando-se essa posição com base nos princípios da

---

<sup>10</sup> Conforme já assinalamos em nossa obra *Da culpa e do risco*, p. 121-124.

equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, porquanto, se a atividade administrativa é exercida em benefício da coletividade, é justo que todos respondam pelos riscos e danos que esta atividade possa gerar para o conjunto dos administrados.<sup>11</sup>

Como leciona o ilustre Ministro Massami Uyeda, a “teoria da divinização do poder, contida na máxima ‘the king can do no wrong’ (o rei não comete erro), como assim concebia o direito inglês, até recentemente, cedeu lugar à teoria da responsabilização civil do Estado”.<sup>12</sup>

No Brasil, nunca foi adotada a teoria da irresponsabilidade do Estado. Conforme assinala Yussef Said Cahali,<sup>13</sup> o princípio da responsabilidade do Estado sempre foi reconhecido entre nós, ressalvando, contudo, que somente após o advento da Constituição Federal de 1946 é que a responsabilidade objetiva do Estado foi reconhecida, passando-se a adotar a teoria do risco administrativo, como instrumento a regular as responsabilidades do Estado e de seus agentes, em face do particular.

### 5.1 A responsabilidade do Estado e a Constituição de 1988

A nossa Constituição Federal, ao prescrever que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (art. 37, § 6º), adotou a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, pela qual ao ofendido bastará demonstrar o nexo causal entre a atividade omissiva ou comissiva do agente causador e o resultado danoso para que se faça surgir o dever de indenizar, assegurando-se ao Estado o direito da contraprova, pela qual poderá ser isentado desde que presentes algumas das tradicionais excludentes da responsabilidade civil, bem como o direito de regresso contra o agente causador do dano, se provado dolo ou culpa.<sup>14</sup>

Fato que merece ser destacado é que o legislador constituinte de 1988 pôs fim à polêmica vigente no sistema constitucional anterior, quando incluiu, expressamente, na responsabilização objetiva, “as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. Dessa forma, além do próprio Estado (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias, empre-

<sup>11</sup> Cf. Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, 3. ed., p. 185.

<sup>12</sup> Responsabilidade civil do Estado in *Temas atuais de responsabilidade civil*, p. 179.

<sup>13</sup> *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 360-361.

<sup>14</sup> Da mesma forma, o Código Civil estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (art. 43). Vários doutrinadores asseveram que tal dispositivo é letra morta na exata medida em que, tratando-se de responsabilidade do Estado, a matéria é de direito constitucional e de direito administrativo (ver Carlos Roberto Gonçalves in *Responsabilidade civil*, p. 170-173).

sas públicas, empresas de economia mista, concessionárias, permissionárias e qualquer outro agente autorizado a realizar serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que, nesta condição, causarem a outrem.<sup>15</sup> A inclusão dos particulares no rol mencionado é medida salutar, pois, conforme assevera Hely Lopes Meirelles, não seria *“justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público à particular descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado”*.<sup>16</sup>

Tais fundamentos se assentam na moderna concepção de que os danos causados ao particular, pelo Estado ou pelas empresas (públicas ou privadas), prestadoras de serviços públicos, devem ser socializados, porquanto o Estado age em nome do conjunto da sociedade, devendo, assim, o ônus ser repartido equitativamente.

Este é o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, pelo qual *“o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato da atividade administrativa, regular ou irregular; incompatível, portanto, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste”*. Assim, a questão se desloca para a *“investigação da causa do evento danoso, objetivamente considerada mas sem se perder de vista a regularidade da atividade pública, a normalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, na determinação do que seja dano injusto, pois só este merece reparação”*.<sup>17</sup>

## 5.2 Da teoria do risco administrativo

A responsabilidade do Estado e de seus prestadores de serviços é objetiva, porém mitigada, na medida em que se pode excluir a responsabilidade do agente causador do dano, desde que provada a existência de caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima, bem como pelo fato de terceiro. Em outras situações, se o Estado provar a culpa concorrente da vítima, tal fato haverá que ser considerado como atenuante, com reflexos inevitáveis na fixação do valor indenizatório.

De qualquer forma, a lei, ao fixar como sendo objetiva a responsabilidade dos entes públicos, procurou compensar a enorme desigualdade existente entre o particular e o Estado, estabelecendo que não caberia discutir a culpa do agente causador do dano, mas tão somente, o nexo de causalidade entre o evento, o dano e o ato omissivo ou comissivo da administração, para fazer surgir o dever

<sup>15</sup> Sergio Cavaliere Filho, op. cit. p. 197.

<sup>16</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 551.

<sup>17</sup> Yussef Said Cahali. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 27.

indenizatório. Com a adoção da teoria do risco administrativo, a vítima não precisa demonstrar a culpa da Administração ou de seus agentes, pois tal teoria tem como fundamento o risco da atividade pública em relação aos particulares. Ao Estado cabe o ônus de provar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, para excluir ou atenuar os prejuízos, assim como a ocorrência de caso fortuito ou força maior para, eventualmente, se ver exonerado.

Não se deve confundir a responsabilidade do Estado e seus agentes, que é fundada na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco integral. Conforme já asseveramos, a responsabilidade no primeiro caso é mitigada, podendo ser eximida mediante a prova das tradicionais excludentes, enquanto no segundo caso, não há falar-se em excludentes. Nesse sentido, a Desembargadora Selene Maria de Almeida deixou assentado que, *“ainda que se tenha adotado no Brasil a teoria do risco administrativo, isso não significa que o estado é responsável em qualquer circunstância; devem atentar-se às causas excludentes da responsabilidade do estado, quais sejam: culpa da vítima, força maior ou culpa de terceiro. Entender diferente seria levar a teoria do risco administrativo ao extremo do risco integral”*.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> TRF 1ª R. – AC 20013800033425-1 – MG – 5ª T. – DJU 28.04.2003.

## Da Culpa ao Risco – Evolução da Teoria

---

### 1 Responsabilidade subjetiva (culpa)

Já foi devidamente assinalado que a responsabilidade subjetiva tem como fundamento o elemento culpa. Assim, aquele que sofreu um dano deverá, obrigatoriamente, provar que o agente causador agiu com dolo ou culpa, para fazer surgir o dever indenizatório.

Tratando-se de erro médico e da responsabilização do profissional, a maior dificuldade residirá exatamente em fazer a prova de que o médico tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia. Em muitas situações vai existir a lesão, o agente estará devidamente identificado, porém a impossibilidade de fazer a prova da culpa afastará o dever de reparação. Como bem assinala o magistrado Ênio Santarelli Zuliani,<sup>1</sup> o modo tradicional de instruir o processo civil que se aplica com potencialidade nociva para as ações de reparação por erro médico atribui, a quem afirma um fato constitutivo do seu direito, o dever de confirmar esse fato por meio das provas admitidas em Direito (CPC, art. 333). Não se desincumbindo dessa tarefa, o sujeito perde a ação, porque o fato, por falta de provas, será considerado como não verdadeiro.

O Prof. Humberto Theodoro Junior<sup>2</sup> é mais incisivo ao considerar como normal os riscos, as falhas e até mesmo o insucesso e as lesões decorrentes da prestação de serviços médicos, razão por que os tribunais, em princípio, não são liberais com o ônus da prova a cargo do paciente ou de seus dependentes, quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de comprovar, de forma idô-

---

<sup>1</sup> Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico in *COAD Seleções Jurídicas*, v. 1, p. 18.

<sup>2</sup> *Responsabilidade civil por erro médico: aspectos processuais da ação*.

nea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada *in concreto*, e o resultado danoso queixado pelo promovente da ação indenizatória.

Nessas circunstâncias, a culpa seria o erro de conduta, moralmente imputável ao agente, que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.<sup>3</sup> Assim, se a culpa não existe, ou não resta provada, não haverá dever de reparação, ainda que dano possa ter havido.

Em muitas circunstâncias, a impossibilidade de comprovação da culpa acaba criando para o lesado uma situação de aparente injustiça. Exatamente a partir da constatação dessa dificuldade surgiu a discussão em torno da necessidade de se buscarem novos fundamentos para a responsabilidade civil, visando melhor resolver o grave problema da comprovação da culpa de molde que se pudesse priorizar a reparação, e assim evitar as injustiças que a consciência jurídica e humana repudiam.

## 2 Da culpa presumida

A partir da revolução industrial, e em razão de algumas atividades desenvolvidas, constatou-se que responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa não atendia de forma adequada à necessidade de soluções para os diversos novos problemas, fazendo surgir a preocupação mais voltada para a questão da justa indenização para a vítima.

A grande revolução que se operou foi no tocante à inversão do ônus da prova, pela qual a vítima não mais necessitaria provar que o agente agiu com culpa, cabendo ao causador do dano provar uma das excludentes do dever de indenizar. Por esta nova teoria, ao autor bastava demonstrar o nexo causal entre o dano e o agente que praticou a conduta ilícita.

A teoria da culpa presumida não exclui a teoria clássica da responsabilidade civil. A novidade fica por conta da posição privilegiada em que se coloca a vítima, no que diz respeito ao ônus probatório, que, nesta circunstância, passará a ser dever do agente causador do dano. Como já dissemos, ao ofendido caberá provar o dano e a ação ou omissão perpetrada pelo agente causador do dano e o respectivo nexo causal, habilitando-se assim a postular pedido indenizatório. A culpa, que continua sendo requisito obrigatório, se inexistente, deverá ser provada pelo agente do ato que causou o dano. Se o agente não provar a inexistência de culpa pelo seu ato, arcará com as responsabilidades pelos danos que seu ato tenha causado a terceiros.

Importante salientar que a presunção de culpa somente ocorre nos casos expressamente previstos em lei, tanto é assim que se usa o termo *juris tantum*, que significa dizer o que decorre do próprio direito. O mestre Alvinho Lima, do alto de

<sup>3</sup> Alvinho Lima. *Culpa e risco*, p. 76.

sua sapiência, preleciona que “*fixadas por lei as presunções ‘juris tantum’, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou fato de terceiro*”.<sup>4</sup>

Não se pode confundir culpa presumida com responsabilidade objetiva. Ambos são institutos diferentes. No sistema de culpa presumida, ainda que haja o deslocamento do ônus probatório, o agente se eximirá do dever indenizatório se provar que agiu com diligência, com prudência ou com a perícia esperada para o ato praticado, ou seja, se provar que não agiu com culpa. Já na responsabilidade objetiva, não se discutirá o elemento culpa, porquanto a responsabilidade derivará do risco da atividade ou das outras várias modalidades de risco ou, ainda, de fato estabelecido em lei.<sup>5</sup>

Exemplo típico de culpa presumida é o que decorre da responsabilidade dos empregadores por atos de seus empregados e prepostos (CC, art. 932, III).<sup>6</sup> Isto chamamos de responsabilidade pelo fato de outrem. Nesses casos, haverá a inversão do ônus da prova, cabendo ao patrão ou comitente o ônus de provar que ocorreu alguma das circunstâncias excludentes de responsabilidade.

Conforme Josserrand teve oportunidade de deixar assentado, a culpa presumida passou a ocupar a exigência da culpa efetiva, melhorando substancialmente a posição das vítimas perante o Judiciário, a partir do momento em que o legislador e, subsequentemente, os tribunais passaram a contentar-se com a demonstração de “*uma culpa provável, mesmo uma culpa hipotética, um fantasma de culpa*”.<sup>7</sup>

Verifica-se assim que essa é uma teoria intermediária na evolução da teoria da responsabilidade, situando-se entre a responsabilidade subjetiva pura e a responsabilidade objetiva. Por ela, a situação do lesado melhora substancialmente, porquanto se estabelece uma presunção de culpa, que somente será ilidida se a parte contrária provar uma das excludentes da responsabilidade civil, de tal sorte que seus efeitos em muito se aproxima dos resultados obtidos na teoria objetiva.

### 3 Responsabilidade objetiva (risco)

Tivemos oportunidade de estudar a responsabilidade civil segundo a ótica do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e em razão da atividade administrativa do Estado, regulada na Constituição Federal. Estudamos ademais o

<sup>4</sup> Op. cit. p. 79.

<sup>5</sup> Ver art. 927, parágrafo único do novo Código Civil.

<sup>6</sup> Ver Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente, pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

<sup>7</sup> Louis Josserrand. Evolução da responsabilidade civil in RF 86, p. 556.

instituto da responsabilidade subjetiva, pela qual o ofensor responde mediante a apuração da culpa ou dolo em face do ato praticado. Vimos também que, em algumas situações, em razão da dificuldade de se fazer a prova da ofensa, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a teoria da culpa presumida, pela qual caberia ao ofensor demonstrar que não procedeu com culpa ou dolo, para se safar do dever indenizatório. Agora, veremos a questão segundo a ótica da teoria do risco, abordando suas peculiaridades e a evolução histórica de tal preceito.<sup>8</sup>

A formulação da teoria do risco remonta à França do século XIX e significou uma verdadeira revolução nos conceitos de responsabilização civil, tendo sido Saleilles o responsável por propor, nos idos de 1897, uma nova teoria para tratar dos problemas decorrentes dos acidentes do trabalho. Esta teoria ganhou contornos mais amplos e definidos a partir de Josserand, seu mais entusiasta defensor, que, sintetizando seu alcance, prelecionou: *“Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita a qualquer falta cometida. Assim, não é cometer uma falta criar, com autorização dos poderes públicos, um estabelecimento incômodo, insalubre ou perigoso, ruidoso ou pestilencial; entretanto, não é obrigado a indenizar os vizinhos, lesados pelo funcionamento desse estabelecimento, danos e juros? Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária transitarem seus trens nos trilhos: ela obteve para esse fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público: não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateiam fogo às florestas e às plantações, não será de toda justiça conceder uma reparação às vítimas desses prejuízos? Qui casse lês verres lês paye; quem cria um risco deve suportar a efetivação dele”*. E conclui Josserand: *“Assim, o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma o lugar da culpa, essa espécie de pecado jurídico.”*<sup>9</sup>

Como se pode notar, as justificativas para a elaboração desta teoria prosperaram a partir da constatação de que a teoria subjetiva não mais atendia às necessidades de indenizar as vítimas que sofressem acidentes em razão de certas atividades surgidas a partir da revolução industrial. Constatou-se ademais que seria impossível à vítima fazer a prova contra o causador do dano, em face de determinadas relações, até pela impessoalidade da relação que se estabelecia na chamada vida moderna. Inicialmente, a teoria foi desenvolvida a partir dos problemas decorrentes dos acidentes de trabalho e da dificuldade do empregado de fazer a prova da culpa do empregador. Para superar essa dificuldade é que foi formulada a teoria do risco profissional, pela qual o ofendido, para ver nascer seu direito à indenização, apenas precisava provar a ocorrência do dano e a relação deste com a atividade profissional desenvolvida.

<sup>8</sup> Sobre as várias modalidades de risco, ver nossa obra *Da culpa e do risco*, especialmente p. 27-37.

<sup>9</sup> Louis Josserand. *Evolução da responsabilidade civil*. RF 86, p. 556-557.

Essa teoria se justifica plenamente, porquanto a ordem jurídica não pode conformar-se com a injusta situação daquele que tendo sofrido um dano, em razão de atividade previsivelmente perigosa, fique na miséria em face de sua impossibilidade de fazer a prova contra o agente responsável pela atividade que, em última análise, foi a causadora da lesão. Conforme assevera o mestre Alvino Lima; “os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida”.<sup>10</sup>

Assim, a teoria do risco foi desenvolvida a partir da constatação de que a responsabilidade fundada na culpa se mostrava insuficiente para que o lesado obtivesse a plena satisfação de seus prejuízos. Essa constatação, que ocorreu inicialmente no campo dos acidentes do trabalho (em que, devido ao aumento dos riscos causados pelas máquinas, associado à sucessão de acidentes ocorridos, premia por uma solução que protegesse o trabalhador), foi se alargando para contemplar as atividades ditas perigosas, tais como as de transportes, de exploração de minas, de produção de gás e a de exploração de energia nuclear. Nestas situações, a obrigação de reparar o dano surge tão somente do simples exercício da atividade que, em vindo a causar danos a terceiros, fará surgir, para o agente que detenha o controle da atividade, o dever de indenizar.<sup>11</sup>

Dessa forma, constatada que determinadas atividades geridas pelo homem oferecem uma probabilidade de riscos a terceiros, vindo a representar um perigo de dano, justifica-se que no campo da responsabilidade civil seja dado um tratamento jurídico diferenciado para estas atividades. Assim, atividades potencialmente perigosas, tais como manuseio de armas e explosivos, energia nuclear, exploração de minas, enfim, atividades que oferecem grandes probabilidades de risco para a saúde e para a integridade físico-psíquico das pessoas, em especial dos operários que nelas trabalhem, devem ter tratamento diferenciado, no que diz respeito ao campo da responsabilidade civil. Nestas circunstâncias, aqueles que desenvolvem atividades potencialmente perigosas devem acautelarem-se para que a atividade não venha a causar danos a outrem, porquanto, se ocorrente, não poderão se escusar do dever indenizatório, argumentando simplesmente a inexistência de culpa, pois, conforme tese esposada acima, sua responsabilidade será objetiva.

É preciso destacar que no Brasil a revolução dos conceitos sobre responsabilidade civil e a aceitação da teoria do risco ocorreu durante o século XX, iniciando-se com a histórica Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681, de 7 de

<sup>10</sup> *Culpa e risco*, p. 16.

<sup>11</sup> Cf. Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas*, p. 89-91.

dezembro de 1912), que regulou a responsabilidade das estradas de ferro com relação ao transporte de pessoas e de coisas, bem como pelos danos decorrentes da atividade. Continuou com a legislação voltada para proteção dos trabalhadores, notadamente a lei de acidentes do trabalho (Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919), e a própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), a qual, em seu art. 2º, definiu o empregador como sendo a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. A evolução continuou e chegou mais recentemente à Constituição Federal de 1988, que, dentre outras atividades, estabeleceu que a responsabilidade do Estado e dos prestadores de serviços públicos tem como fundamento a teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º). Como decorrência da própria Constituição, o legislador ordinário editou o Código de Defesa do Consumidor, que, ao determinar que a responsabilidade do fornecedor, pelo fato do produto ou do serviço, prescinde do elemento culpa, adotou a teoria objetiva, fundada no risco da atividade para responsabilizar o fornecedor (Lei nº 8.078/90, arts. 12 e 14). Finalmente, o novo Código Civil de 2002 que, em sintonia com a modernidade, adotou a teoria do risco como um dos fundamentos da responsabilidade civil (Lei nº 10.406/02, art. 927, parágrafo único).

Destaque-se que o legislador pátrio foi feliz ao inserir no novo Código Civil, a obrigação de reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos expressamente previstos em lei, como também em razão de danos decorrentes das atividades que possam ser consideradas de risco e que venham a causar prejuízos a outrem (art. 927, parágrafo único). Assim, podemos afirmar que é possível nascer a obrigação de indenizar independentemente da prática de qualquer ato ilícito. Havendo previsão legal de responsabilização ou, sendo a atividade considerada de risco, o responsável pela reparação pode até não ter praticado nenhum ilícito, porém, ainda assim, será o responsável pela reparação em razão da determinação legal. Atente-se para o fato de que o dever de indenizar independente da apuração da culpa, bastando a demonstração do nexo de causalidade e a identificação do agente responsável pela atividade.

No campo da atividade médica, existem muitas objeções quanto à aplicação dessa teoria, porquanto alguns doutrinadores alegam que adotar esse tipo de responsabilização significaria inviabilizar a atividade médica em geral. Argumentam que seria sacrificar o ideal daqueles médicos abnegados que praticam o seu mister com denodo, retidão, superando desafios invencíveis impostos pela pobreza da população e precariedade do sistema hospitalar, de sorte que não se poderia atribuir ao médico o dever de indenizar, independentemente de prova da culpa.<sup>12</sup>

É preciso rememorar que o Código de Defesa do Consumidor, embora tenha adotado a teoria objetiva como regra, excepcionou expressamente a responsabilidade dos profissionais liberais. Além disso, mesmo naquilo em que se aplica a

<sup>12</sup> Assim Ênio Santarelli Zuliani e Miguel Kfoury Neto, dentre outros.

teoria objetiva, o estatuto consumerista permite a exclusão da responsabilidade se o prestador de serviço provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistiu, ou ainda, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Logo, mesmo tratando-se de responsabilidade objetiva, a mesma é mitigada. A lei de proteção não adotou a teoria do risco integral, de sorte a poder afirmar que mesmo o caso fortuito ou de força maior, bem como os riscos inerentes à atividade, poderão ser causas exonerativas do dever de indenizar.<sup>13</sup>

Adotar a responsabilidade objetiva como regra não significa condenar *a priori* todo e qualquer prestador de serviços médicos. Como frisamos, ninguém será obrigado a indenizar se provar que tendo prestado o serviço o mesmo não foi o causador do dano que se pretenda ver indenizado.

Ademais, é imperioso que se priorize a posição da vítima, pois mesmo frente à comprovação de que o profissional não agiu com culpa, menos culpa terá ela própria pelo infortúnio a que tenha sido exposta. O que defendemos é que a vítima de erro médico seja retirada do plano secundário onde sempre esteve colocada, para ser sujeito de direito independentemente da prova da existência de conduta culposa do agente causador do dano.

#### 4 Teoria da perda de uma chance

Embora tenham uma íntima relação com a questão da carga probatória, resolvemos inserir neste capítulo as teorias da perda de uma chance e a *res ipsa loquitur* porque entendemos que elas foram desenvolvidas a partir da teoria da culpa, como forma de contornar as dificuldades da vítima de provar o erro médico e, embora não tenham o condão de transformar a responsabilidade do médico em objetiva, criam uma presunção de culpa contra o profissional e a favor da vítima. Trataremos neste tópico da perda de uma chance e no próximo da *res ipsa loquitur*.

A denominada “teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, de inspiração francesa, possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que a possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso.

Iremos constatar ao longo desta obra de que o médico não tem a obrigação de curar, mas sim de aplicar todo o seu conhecimento e técnica de sua profissão a serviço do doente, agindo com zelo e denodo, propiciando-lhe todas as oportunidades e chances de obter a cura ou a sobrevivência. Contudo, se os cuidados prestados foram deficientes ou falhos e, em razão disso, o paciente venha a perder a oportunidade que teria de se curar ou sobreviver, torna-se imperioso responsabilizar o médico faltoso, pois, embora não se possa ter certeza quanto a

<sup>13</sup> Trataremos melhor do assunto no Capítulo 11, que trata da responsabilidade objetiva dos hospitais.

cura ou sobrevivência daquela pessoa, chances de cura ou de sobrevivência poderia ela ter se fosse tratada de forma correta ou em tempo hábil.

O mestre Ruy Rosado<sup>14</sup> informa que a jurisprudência francesa aceita a teoria da perda de uma chance, até como forma de superação da dificuldade quanto à prova do nexo de causalidade. Informa ainda que, em um julgamento de 1965, a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade médica porque o erro de diagnóstico levou a tratamento errado, privando a vítima da chance de cura. Na verdade, de acordo com essa teoria, o juiz não está seguro de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, mas a falta facilitou a superveniência do resultado lesivo advindo.

O Prof. François Chabas exemplifica com o caso de uma mulher que apresentou hemorragia uterina e que, tendo procurado um médico, este não diagnosticou o câncer que a acometia. Quando essa paciente, vindo a consultar outro especialista, descobre o mal que lhe acometia, já o fez tardiamente. Resultado: o câncer uterino já tinha atingido o estágio terminal e, em consequência, a mulher morreu. Não se pode afirmar que o primeiro médico foi o responsável pela morte da mulher, até porque mesmo que ela tivesse sido diagnosticada e tratada em tempo hábil, ainda assim poderia mesmo vir a morrer. O que se realça nessas circunstâncias é que a culpa médica foi a responsável direta pela perda, ao menos, de uma probabilidade de cura e, por conseguinte, de sobrevivência.<sup>15</sup>

Portanto, na ação de responsabilidade civil ajuizada com fundamento na perspectiva de que o prejuízo provocado pelo profissional da medicina decorreu de sua negligência e, concomitantemente, causou a perda da oportunidade de cura ao paciente, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável de que essa chance efetivamente pudesse se materializar.<sup>16</sup>

Nesse sentido, e até por esclarecedor, cabe trazer a lume decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, em ação que havia sido julgada improcedente em primeiro grau, e dela tendo recorrido os autores, aplicou a teoria da perda de uma chance como motivo apto para reformar a decisão e considerar procedente o pedido dos autores, conforme voto do Desembargador Paulo César Salomão.<sup>17</sup> Eis um breve resumo do caso: uma senhora com problemas cardíacos procurou uma clínica médica e lá tendo sido atendida foi, por duas vezes, tratada como se gripada estivesse. A vítima, que tinha somente 39 (trinta e nove) anos, veio posteriormente a falecer, o que motivou a propositura da ação pelo marido e seus filhos alegando negligência médica. Em primeiro grau, o magistrado oficiante julgou a ação improcedente, tomando como base o laudo do perito oficial. Irresignados, os autores apelaram da decisão e o Tribunal, agora com base no laudo

<sup>14</sup> Ruy Rosado de Aguiar Junior. Responsabilidade civil do médico in *RJ* n° 231.

<sup>15</sup> La perte d'une chance em Droit Français, p. 2 (apud: Kfoury Neto. *Culpa médica e ônus da prova*, p. 97).

<sup>16</sup> Ênio Santarelli Zuliani in *Responsabilidade civil dos advogados*, p. 127.

<sup>17</sup> TJRJ – 9ª CC – Ap. Cível n° 1998.001.01927 – rel. Des. Paulo Cesar Salomão – j. 17.05.1999.

do assistente técnico, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para condenar a clínica médica a indenizar por danos morais no importe de 100 (cem) salários-mínimos para o marido e de 1.000 (mil) salários-mínimos para cada um dos dois filhos. Por lapidar, colhe-se do voto do relator o seguinte trecho: “*Não é admissível que se procure uma clínica que se propõe a atender emergências, com um sintoma tão evidente, perceptível até a um leigo, de problemas cardíacos e, ali, burocrática e negligentemente, seja medicada como se estivesse diante de um simples estado gripal. E, mais, medicada com remédio inadequado à moléstia que sofria, agravando-a. Ademais, mesmo após ter retornado, continuou a negligência no atendimento, já que somente foram diagnosticar o problema cardíaco quando do seu óbito. Poucas vezes se vê um processo com tantas provas clamando pela culpa dos prepostos da ré que causaram dano irreparável aos autores. Não se pode afirmar que o atendimento adequado pudesse evitar a morte da paciente, mas salta aos olhos que não foi atendida a contento, ficando a indagação se esse proceder não foi causador direto de sua morte. Na verdade, poderia ela ter sido atendida corretamente e falecer. Lógico que geraria, assim, enquadramento do caso em uma fatalidade [...]*”. E conclui magistralmente o relator: “*o que ocorreu na espécie em questão é que não se deu a ela, a vítima, chance de sobreviver*”.

Em face da decisão por maioria, a clínica interpôs embargos infringentes que restou parcialmente acolhido, tão somente para reduzir o valor da condenação à metade. Houve a interposição de recurso especial e, no Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi mantida a decisão do Tribunal de Justiça do Estado.<sup>18</sup>

Advirta-se por fim, que a indenização a esse título, via de regra, não será integral. Será parcial, ou mitigada, tendo em vista que não se estará diante de uma certeza absoluta, mas sim de uma probabilidade. É uma situação intermediária entre o bom exercício da medicina e o erro médico. A característica principal é a insatisfatoriedade do empenho, quer pela ausência injustificável de precisão técnica profissional do diagnóstico e terapia, quer seja pela negligência na dedicação mínima necessária à boa execução da terapia.<sup>19</sup>

## 5 Teoria *res ipsa loquitor*

Esta teoria foi desenvolvida nos Estados Unidos da América e aplica-se em favor da vítima toda vez que a prova foi insuficiente para comprovar a culpa do médico, mas as circunstâncias forem tão evidentes que se possa dizer que “a coisa fala por si mesma”.

<sup>18</sup> STJ – Resp nº 299.836-RJ (2001/0004226-0) – 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01.07.2002 p. 345.

<sup>19</sup> Jurandir Sebastião. A responsabilidade civil in *COAD Seleções Jurídicas*, v. 3, p. 53.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>20</sup> leciona que essa construção teórica se insere naquilo que se pode denominar de “direito de evidência circunstancial”, aplicável quando se apresentarem as seguintes circunstâncias:

- a) quando não há evidência de como e por que ocorreu o dano;
- b) quando se crê que não teria ocorrido o dano se não houvesse culpa; e
- c) quando recair sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente.

Significa dizer que o evento danoso ocorreu em face de uma intervenção que normalmente não oferecia aquele tipo de risco, ou seja, em circunstâncias normais aquilo não ocorreria. Assim, se veio a ocorrer o acidente, alguma forma de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) deve ter concorrido para sua manifestação.

Assim, ante a simples ocorrência de determinados fatos, pode-se presumir a culpa médica, em favor do paciente. É uma presunção *hominis*, extraída por inferência, de um fato provado nos autos. São exemplos: o esquecimento de pinças ou outro instrumental cirúrgico dentro do corpo do paciente; as queimaduras produzidas no paciente por diversas fontes de calor durante o transcurso da operação ou tratamento; as infecções produzidas por falta de esterilização ou esterilização inadequada do instrumental cirúrgico; as lesões em qualquer parte do corpo de um enfermo anestesiado produzidas fora da zona onde tem lugar o tratamento ou operação.<sup>21</sup>

Já de longa data Teresa Ancona Lopez preconizava que em outros países foram desenvolvidos vários expedientes jurídicos com o fim de facilitar a defesa do direito do ofendido no que diz respeito à culpa médica e, mais do que isso, buscando efetivamente vê-lo indenizado. Citando a doutrina norte-americana da *res ipsa loquitur*, afirma a autora de que diante de determinadas evidências o juiz poderia admitir de pronto a culpa do profissional, dispensando, inclusive, a realização da prova pericial. Menciona como exemplos o caso do doente que venha a falecer no pós-operatório por abandono de cuidados, ou quando há erro grosseiro de diagnóstico, como na hipótese de tratar como sífilis um câncer.<sup>22</sup>

Assim, tanto a teoria francesa da perda de uma chance, quanto a teoria norte-americana da *res ipsa loquitur*, foram desenvolvidas como forma de superação da dificuldade de se provar a culpa médica, na linha de defesa que fazia René Savatier, de que o juiz está autorizado a usar dos indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe sempre uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo quando esses fatos sejam os biológicos.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Jorge Mosset Iturraspe. Responsabilidad civil del médico. Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 52 (apud João Monteiro de Castro. *Responsabilidade civil do médico*, p. 198).

<sup>21</sup> Cf. Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha. O ônus da prova na culpa médica in *Revista da Ajuris*, p. 107-129.

<sup>22</sup> *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 311.

<sup>23</sup> Comment repenser, la conception française actuelle de la responsabilité civile? Paris: Daloz, s/d, p. 31 (apud: Teresa Ancona Lopez de Magalhães. *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 311).

# O Dano Indenizável

---

## 1 Notas introdutórias

Eis aqui um dos pontos mais importantes quando tratamos de responsabilidade civil – o dano. Não se pode falar em indenizar, recompor ou compensar, se não puder provar-se a existência de um dano, ou seja, não há responsabilidade civil sem dano. Como diz o magistrado Sergio Cavalieri Filho, “*não haveria que se falar em indenização, ressarcimento, se não houvesse dano*”. Para ao depois concluir que “*pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano*”.<sup>1</sup>

Nesse sentido, dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo.<sup>2</sup>

Embora o dano deva ser sempre provado, essa regra tem sofrido abrandamento com base na jurisprudência, que em face das chamadas “máximas de experiências”, passou a considerar presumido o dano em certas circunstâncias. Assim, quando se tratar de família pobre, a morte de um de seus membros presuppõe, além do dano moral, um prejuízo efetivo porque o falecido viria a contribuir para economia do lar, assim que atingisse a idade de trabalho, como bem deixou assentado o ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha: “*Em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um de seus membros é de ser*

---

<sup>1</sup> Programa de responsabilidade civil, p. 79.

<sup>2</sup> Tudo conforme nossa posição anteriormente externada nas obras *Da culpa e do risco*, *Dano moral trabalhista* e *Dano moral nas relações de consumo*, às quais remetemos o leitor.

*presumido*”. E assim decidiu com base nos ensinamentos de Cunha Gonçalves de que a “*maior, mais clamorosa injustiça é negar aos lesados, com tão fútil pretexto, toda e qualquer reparação, estimulando com a impunidade novos prejuízos, novos acidentes, novas mortes*”, concluindo: “*é mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada*”.<sup>3</sup>

Contudo, não se pode confundir o dano presumido com o dano imaginário porquanto “*o pressuposto da reparação civil está, não só na configuração da conduta ‘contra jus’, mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético*”.<sup>4</sup> Assim, somos levados a concluir que o dano precisa ser real e efetivo, ainda que se possa falar em dano futuro em dadas situações, sendo necessária a sua prova, bem como a repercussão no patrimônio do lesado.

Por fim, há necessidade de afirmar-se a autonomia do dano moral em relação ao dano patrimonial, já que fenômenos totalmente diversos. Temos por um lado o dano em seu sentido econômico-material e, por outro lado, as perturbações do espírito, os padecimentos afetivos. São questões bem diferentes que possuem uma natureza e características próprias, conforme veremos a seguir.<sup>5</sup>

## 2 Dano material ou patrimonial

O dano material corresponde àquele comumente chamado de dano patrimonial, onde se encontram as perdas e danos, que engloba o dano emergente (prejuízo efetivo) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar). Evidentemente que o dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, possível de ser quantificado e reparável por meio de uma indenização pecuniária, quando não se possa restituir o bem lesado à situação anterior.

Segundo o escólio de Sergio Cavalieri Filho, “*o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento*”, razão por que se justifica a subdivisão em dano emergente e lucro cessante.<sup>6</sup>

Preceitua o Código Civil que as perdas e danos devidos ao credor corresponde ao que efetivamente perdeu, acrescido do que razoavelmente deixou de lucrar, verificando-se que o dano material deverá ser composto não só pelo dano decorrente da agressão perpetrada diretamente ao bem protegido, como também pelo que a vítima deixará de ganhar em razão do evento danoso (art. 402).

<sup>3</sup> STJ – 1ª Turma – REsp 58.519-8 – DF (94.0040904-4) – Rel. Min Cesar Asfor Rocha – j. 20.03.1995 – in *LEX-JSTJ* n° 79, p. 258.

<sup>4</sup> STJ – 1ª Turma – REsp 0020386/92 – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 23.05.1994, *DJ* 27.06.1994.

<sup>5</sup> Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*, p. 91.

<sup>6</sup> Op. cit. p. 81.

## 2.1 *Dano emergente (damnum emergens)*

O dano emergente decorre, como o próprio nome diz, da injusta agressão que, atingindo o patrimônio da vítima, lhe causa uma diminuição de valor. Quer dizer, é o dano que corresponde ao prejuízo imediato e mensurável que exsurge do ato lesivo perpetrado.

Assim, tratando-se de erro médico, o dano emergente pode ser identificado no dano ao corpo ou à saúde de que resulte despesas realizadas para tratamento, internação, medicamento e outros que visem à recomposição do lesado ao *status quo ante*.

## 2.2 *Lucros cessantes*

Já os lucros cessantes seriam aqueles correspondentes ao que o lesado deixou de aferir exatamente por ter sofrido as sequelas do erro que lhe possa ter subtraído a capacidade laborativa por determinado período. Seria o ganho frustrado decorrente, por exemplo, do prolongamento do estado patológico ou da inatividade que tenha impedido o exercício da capacidade produtiva, vale dizer da aquisição dos frutos do trabalho ou da atividade humana, razão por que se justifica o pedido de indenização por lucros cessantes.<sup>7</sup>

Nessas circunstâncias, além do dano material sempre poderá ocorrer também, e simultaneamente, o dano moral. Algumas vezes é possível também identificar como resultado do mesmo fato lesivo o dano estético. Assim, é possível que o lesado faça jus a uma indenização cumulativa: por dano material (dano emergente e lucros cessantes), dano moral e dano estético.

Na reparação do dano patrimonial, o ideal seria que se pudesse restaurar o bem lesionado, retornando ao *status* anterior, isto é, substituindo a coisa lesionada por outra de igual espécie, contudo, isto nem sempre é possível, quando então deverá ser arbitrada uma soma em dinheiro que deverá corresponder ao valor do bem deteriorado. Já no que diz respeito ao dano moral, a possibilidade do *restitutio in integrum* é quase, para não dizer sempre, impossível, quando então a indenização passa a ter um caráter de compensação a ser ofertado à vítima, face aos dissabores enfrentados, conforme veremos adiante.

Assim, lucros cessantes são prejuízos sofridos pela vítima, em face da interrupção de suas atividades econômicas regulares, que consiste na frustração do crescimento patrimonial esperado, causado por outrem por dolo ou culpa (CC, art. 187) ou em razão de uma determinada atividade (art. 927, parágrafo único).

<sup>7</sup> Cf. Jorge Mosset Iturraspe, citado por João Monteiro de Castro in *Responsabilidade civil do médico*, p. 33.

### 3 Dano moral ou extrapatrimonial

No conceito de dano moral, encontramos definições para todos os gostos. Neste particular, a doutrina é pródiga, porém, em que pesem pequenas nuances, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a indenização por danos morais, como aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão por que o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e de lhe subtrair o desejo de vingança pessoal.

Nos ensinamentos do laureado mestre Wilson Melo da Silva, os danos morais são definidos como sendo as *“lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”*. Para melhor explicitar o seu pensar, o insigne mestre complementa: *“Danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal.”*<sup>8</sup>

Por seu turno, a renomada professora Maria Helena Diniz,<sup>9</sup> escudando-se também nos ensinamentos de Wilson Melo da Silva, preleciona que o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física (ou jurídica), provocada pelo fato lesivo. Para ao depois arrematar que o dano moral pode consistir na lesão a um interesse jurídico extrapatrimonial relacionado aos *“direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou aos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)”*, além daqueles que decorrem do valor afetivo atribuído a qualquer bem material, caso em que a sua perda pode vir a representar um menoscabo.

*“Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”*, afirma de forma peremptória o magistrado e professor Sergio Cavalieri Filho. Ao depois, definindo melhor o alcance do preceituado esclarece que *“hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português”*. Para ao depois concluir que *“em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”*.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> O dano moral e sua reparação, p. 2.

<sup>9</sup> Curso de direito civil brasileiro, v. 7, p. 92-95.

<sup>10</sup> Programa de responsabilidade civil, p. 85-86.

Com o advento do novo Código Civil e, cotejando os avanços doutrinários e jurisprudenciais, ousamos afirmar que o dano moral é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

### 3.1 Da caracterização do dano moral

É preciso destacar que não é qualquer dissabor ou qualquer contrariedade que caracterizará o dano moral. Na vida moderna, há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia a dia. Dessa forma, alguns contratemplos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.

Neste particular aspecto, como alerta o mestre Antonio Chaves, há que se ter prudência de tal sorte que não se venha reconhecer a existência de dano moral em *“todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitando sejam extraídas da caixa de Pandora do direito centenas de milhares de cruzeiros”*.<sup>11</sup>

O mestre Aguiar Dias, em sua obra de antes da metade do século passado, com lastros da doutrina dos irmãos Henri e Leon Mazeaud, já advertia que *“à medida que a civilização se desenvolve, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”*.<sup>12</sup>

Renomados doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar frente ao caso concreto, o que vem a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Esta questão é das mais tormentosas, exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de tal sorte que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e na jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral. O que precisa haver na avaliação do dano moral é prudência e bom senso de tal sorte que se possa, considerando o homem médio da sociedade, ver configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes à dignidade humana de que a Constituição com tanta ênfase nos fala.

Neste aspecto, cumpre ao juiz um papel de relevo, seja porque é ele que, a partir das chamadas máximas de experiências, irá analisar o caso concreto e adequá-lo à proteção legal, seja porque dependerá de seu livre arbítrio, segundo a

<sup>11</sup> *Tratado de Direito Civil*, v. III, p. 637.

<sup>12</sup> *Da responsabilidade civil*, p. 18.

melhor doutrina, a fixação do *quantum* indenizatório.<sup>13</sup> Contudo, esta discricionariedade do juiz deverá ser pautada pelo bom senso, seguido de alguns critérios, porquanto haverá de frente ao ilícito perpetrado, sopesar o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social, de tal sorte que a indenização não seja tão grande que leve o ofensor à ruína, nem seja tão pequena que avilte a vítima.

### 3.2 Da prova do dano moral

Outra questão tormentosa refere-se à necessidade ou não de prova do dano moral. Autores renomados têm afirmado que o dano moral, por tratar-se de lesão ao íntimo das pessoas, dispensa a necessidade de prova, conformando-se a ordem jurídica com a demonstração do ilícito porquanto o dano moral estaria configurando desde que demonstrado o fato ofensivo, existindo *in re ipsa*.<sup>14</sup>

No mesmo sentido tem se orientado a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode notar no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, de cujo trecho se transcreve: “*Já assentou a Corte que não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.*”<sup>15</sup> Ou como vaticinou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em julgamento do qual foi relator, cujo trecho da emenda assim se redigiu: “*A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum.*”<sup>16</sup> Mesmo entendimento manifesta o Ministro Cesar Asfor Rocha que, em termos da questão em análise, já teve oportunidade de se manifestar e, assim o fez: “*Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.*”<sup>17</sup>

Existe uma natural lógica para assim proceder, porquanto, se o dano moral existe a partir da lesão a um daqueles direitos íntimos da pessoa humana, tal qual a incolumidade física e psíquica, a honra, a intimidade, a imagem e a vida, somente para citar alguns, não há nenhuma lógica exigir-se a prova da repercussão no íntimo do ofendido dos efeitos de tais violações. O ordenamento jurídico há que se conformar com a presunção de que, em razão de máximas de experiências, qualquer indivíduo de mediana sensibilidade se sentiria ofendido e agredido em seus valores anímicos, diante de determinados procedimentos ilícitos.

<sup>13</sup> Veja-se a esse respeito além das nossas obras já citadas, Sergio Cavalieri Filho, Antonio Jeová Santos, Sílvio de Salvo Venosa, Wilson Melo da Silva, dentre outros.

<sup>14</sup> Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, p. 92.

<sup>15</sup> STJ – REsp 318099 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 08.04.2002.

<sup>16</sup> STJ – REsp 304738 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 13.08.2001 – p. 167.

<sup>17</sup> STJ – REsp 173124 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 19.11.2001 – p. 277.

De outro lado, dentre os vários elementos que norteiam a caracterização do dano moral, há que se destacar a dor (tanto física quanto moral) como um dos elementos essenciais para a determinação da existência do dano moral, que também se pode presumir. Sabemos que não se pode medir a extensão da dor de quem tenha sido lesionado, porém, é evidente a dor dos pais pela morte de um filho querido; assim como se pode presumir o sofrimento ou complexo de quem sofreu um dano estético decorrente de uma intervenção cirúrgica inadequada; ou ainda, daquele que submetido a um simples tratamento de varizes, veio a sofrer incapacitação permanente decorrente de lesão chamada “pé caído” resultante de erro médico que lhe tenha seccionado o tendão.

Contudo, é importante salientar que não é somente a dor o elemento que caracteriza o dano moral e o correspondente dever de indenizar. Situações há que a caracterização independe da existência ou não da dor, tais como nos casos que envolvem exposição indevida na mídia, agressão à honra, violação da intimidade e da privacidade, dentre outras.

Ocorrendo agressões a esses bens personalíssimos do indivíduo, nascerá para o ofensor a obrigação de indenizar por dano moral, porquanto tais atos não podem ficar impunes.

### 3.3 *Dos fundamentos da reparação do dano moral*

Como ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira, “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.<sup>18</sup>

Ademais, não se pode descurar do caráter penal que a condenação por dano moral deve conter. Além do caráter compensatório é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, que, na maior das vezes não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários”.<sup>19</sup>

Nesta linha de raciocínio, o professor e magistrado José Luiz Gavião de Almeida afirma de maneira categórica que “a reparação dos danos morais não busca reconduzir as partes à situação anterior ao dano, meta impossível. A sentença visa a deixar claro que a honra, o bom nome e a reputação da vítima restaram lesionados pela atitude inconsequente do causador do dano. Busca resgatar o bom conceito de que se valia o ofendido no seio da sociedade. O que interessa, de fato, é que a sentença venha declarar a idoneidade do lesado; proporcionar um

<sup>18</sup> *Responsabilidade civil*, p. 54.

<sup>19</sup> Antonio Chaves. *Tratado de direito civil*, v. 3, p. 634.

*reconforto à vítima, e, ainda, punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o lesado a toda sorte de dissabores*".<sup>20</sup>

Ainda nesse sentido defende Martinho Garcez Neto que a função penal, da condenação por dano moral, pode e deve ser encarada como algo altamente moralizador, na medida em que, atingindo o patrimônio do agressor com a sua consequente diminuição, estaria, frente à luz moral e da equidade, cumprindo a mais elementar noção de justiça: estar-se-ia punindo o ofensor para que o bem moral seja respeitado e, mais importante, fazendo calar o sentimento de vingança do ofendido, sentimento este inato em qualquer pessoa, por mais moderno e civilizado que possa ser.<sup>21</sup>

É preciso recordar que a dignidade humana foi elevada a um dos fundamentos básicos do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.<sup>22</sup> Desta forma, conforme preleciona Sergio Cavalieri Filho *"temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade"*,<sup>23</sup> com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que, os valores que compõem à dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais.

Tratando-se de erro médico, temos absoluta certeza em afirmar que se fosse dada oportunidade de escolha aos lesados, ou às suas famílias, jamais desejariam que tivesse ocorrido a lesão. Contudo, como independentemente da vontade das pessoas erros e omissões ocorrem, temos que o sentimento de justiça presente em cada cidadão faz surgir a necessidade de *"uma vez verificada a existência do dano, e sendo alguém responsável pela lesão de direito ocorrida, há que se buscar uma solução para o evento danoso"* de tal forma a que se procure *"compor a ordem que foi quebrada, o direito que foi ofendido"*.<sup>24</sup>

De maneira objetiva e com a clareza que lhe é peculiar, Antonio Jeová Santos preleciona que *"seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido"*.<sup>25</sup> Em outras palavras,

<sup>20</sup> 1º TACivil – Ap. nº 825.862-2, – j. 09.10.2001 – LEX-JTACSP, v. 193, p. 193.

<sup>21</sup> *Prática de responsabilidade civil*, p. 51.

<sup>22</sup> CF – "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana."

<sup>23</sup> Op. cit., p. 85.

<sup>24</sup> João Casillo. *Dano à pessoa e sua indenização*, p. 77.

<sup>25</sup> *Dano moral indenizável*, p. 62.

o princípio que fundamenta o dever de indenizar está centrado no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação.

De tal sorte que se pode concluir, utilizando as sábias palavras de Artur Oscar de Oliveira Deda: *“Quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena”*.<sup>26</sup>

#### 4 Dano estético

Na definição de Martinho Garcez Neto, dano estético é, *“toda alteração morfológica do indivíduo, qualquer que seja a sua extensão e tenha ou não exercido qualquer influência sobre a capacidade laborativa da pessoa”*. Diz ainda o reverenciado mestre, que seria *“indenizável por si mesma, a referida lesão consubstancia direito subjetivo próprio, que exige tutela adequada, através de reparação especial”*.<sup>27</sup>

Por outro lado, Teresa Ancona Lopez conceitua o instituto como sendo *“qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral”*.<sup>28</sup>

O dano estético, a nosso sentir, corresponde a qualquer anomalia que a vítima passe a ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal. Ele poderá corresponder a uma cicatriz resultante de uma ferida ou a amputação de qualquer dos membros, ou ainda, a perda de um olho. Assim, o dano estético estará caracterizado quando seja possível constatar que o indivíduo tendo sofrido injusta agressão, apresente sequelas de caráter permanente, alterando-lhe as feições físicas.

O que se busca proteger não é a beleza física, até por ser extremamente difícil traçar-se um parâmetro para beleza, mas a incolumidade física do indivíduo que se constitui em seu patrimônio subjetivo, não podendo ser agredido impunemente. Tanto é assim, que justifica-se indenizar mesmo quando as cicatrizes ou marcas se situem em locais do corpo que dificilmente seriam expostos em público, porque o que se tem em mente é que ditas sequelas influem negativamente na autoestima do lesado, prejudicando a avaliação que a pessoa possa fazer de si mesma.

O dano estético pode comportar reparação *in natura*, através de cirurgia corretiva. Porém, mesmo isso sendo possível, deverá ser arbitrada uma soma em

<sup>26</sup> Citado por Antonio Chaves in *Tratado de direito civil*, v. 3, p. 637.

<sup>27</sup> *Prática de responsabilidade civil*, p. 55.

<sup>28</sup> *O dano estético*, p. 46.

dinheiro correspondente à indenização por dano moral pelos sofrimentos impingidos à vítima.

#### 4.1 *Da cumulatividade com dano material e moral*

A cumulatividade do dano material com o dano moral encontra-se pacificada em nossos tribunais já de longa data, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula nº 37 de seguinte teor: “*são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.<sup>29</sup>

Já com relação à possibilidade de cumulação do dano moral e do dano material com o dano estético tem suscitado acalorados debates. Alguns autores consideram que o dano estético importaria dano material ou estaria compreendido no dano moral, razão por que não deve ser cumulado. Para esses autores, cumular o dano estético com o dano moral, por exemplo, seria um verdadeiro *bis in idem*.<sup>30</sup> Outros, como Aguiar Dias, entendem que o dano estético se constitui em categoria especial onde se encontram presentes aspectos do dano moral e do dano material, o que daria margem a frequentes confusões.<sup>31</sup> Teresa Ancona Lopez é enfática quando afirma de maneira peremptória que dano estético é dano moral.<sup>32</sup>

Já de há muito tempo divergíamos dessas opiniões, na medida em que sempre consideramos o dano estético como uma categoria autônoma de dano. A nosso sentir é perfeitamente possível originar-se de um mesmo fato, de maneira autônoma, tanto o dano estético, quanto o dano moral, além de eventualmente implicar também em dano material.<sup>33</sup>

Nosso entendimento decorre do fato de que se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, além do direito de resposta a qualquer agravo, o direito à indenização por dano material, por dano moral e também por dano à imagem (art. 5º, V). Se além do dano material e do dano moral, a nossa Lei Maior assegura o direito à indenização em razão de dano à imagem, a toda evidência, encontra-se aí, de maneira autônoma, o dano estético, sendo assim supedâneo legal para assegurar a cumulação das indenizações a esse título.

Se dúvida restar, vejamos a situação de alguém que, por exemplo, tenha sido vitimado de erro médico no engessamento de um braço e, em razão deste infortúnio, venha a ter um dos membros superiores amputado. A toda evidência que estaremos diante de uma situação em que a cumulatividade será perfeitamente possível, senão vejamos:

<sup>29</sup> DJ 17.03.1992 p. 3172.

<sup>30</sup> Dentre outros, veja-se Humberto Theodoro Junior in *Dano moral*, p. 18.

<sup>31</sup> *Da responsabilidade civil*, v. II, p. 731.

<sup>32</sup> *O dano estético*, p. 21.

<sup>33</sup> Ver nossa primeira edição da presente obra, p. 62 e 63.

- a) A vítima fará jus a uma indenização por dano moral, enquanto dor e constrangimento decorrente do próprio erro médico, tais como as dores próprias do engessamento errôneo e as da cirurgia para amputação, bem como pelas angústias decorrentes do saber ser necessária a amputação, assim como pelo período de afastamento de suas atribuições normais.
- b) Fará jus também a uma indenização por dano material na exata medida de sua incapacitação para o exercício de suas habituais funções, além da reposição das despesas hospitalares e cirúrgicas que tenha realizado.
- c) E, outra indenização, essa por dano estético em função da desarmonia física que lhe acompanhará por toda a vida, porquanto nem mesmo a colocação de uma prótese eliminará a anomalia física que a vítima passará a ostentar.

Outro exemplo que muito bem pode ilustrar a cumulatividade do dano material, moral e estético é o caso do modelo profissional, assim como de outros artistas, que dependem de suas harmoniosas feições para a realização de seus trabalhos remunerados. Ora, é evidente que um acidente que resulte em deformidade física de um destes profissionais acarretará, a toda evidência, danos de ordem patrimonial, na exata medida da impossibilidade de realização de seus trabalhos; dano moral, em razão das angústias e sofrimentos decorrentes da agressão; e, finalmente, dano estético em razão da deformidade que lhes tenham alterado as feições.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha decidido pela cumulatividade, conforme se pode notar no voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, que assim deixou assentado: *“permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro, a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis”*.<sup>34</sup>

Os Tribunais Estaduais também já vinham decidindo a favor da cumulatividade. Como exemplo, veja-se decisão do Des. Flávio Pinheiro, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para quem o dano estético e o dano moral não se confundem, já que o *“dano estético diz respeito a qualquer alteração morfológica, abrangendo aleijão e deformidades”*, enquanto que o *“dano moral está ligado à ofensa de interesses não patrimoniais provocada por fato lesivo”*, concluindo que as *“indenizações, por esses motivos, são acumuláveis”*.<sup>35</sup>

No mesmo sentido, decisão do Des. Gustavo Leite, do extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro que, em julgado do qual foi relator, cujo objeto de análise era a possibilidade de cumulação de dano material com dano moral e dano estético, assim deixou assentado: *“também reconhece-se a possibilidade de se acumular o dano estético com os outros dois, porque cada um deles tem funda-*

<sup>34</sup> (STJ – RESP 540021 – ES – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 19.12.2003, p. 00489).

<sup>35</sup> TJSP, Ap. Cível nº 84.756-4 – j. 27.07.1999 – LEX –JTJ, 225/99.

*mento diferente. O dano material traduz o que efetivamente deixou de ganhar, o moral o sofrimento suportado em consequência do acidente e o estético pela deformação sofrida*".<sup>36</sup>

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, última instância apta a conhecer da matéria em termos recursais, pacificou a questão editando a Súmula 387, de seguinte teor: *"É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral"*.<sup>37</sup>

## 4.2 Da legitimidade postulatória

Cumpra registrar por fim, no que diz respeito à legitimidade, que somente a vítima, via de regra, é que poderá pleitear indenização em razão de dano estético. Tal se justifica, porquanto se considerarmos que a imagem se constitui em um daqueles bens ditos personalíssimos, somente a própria vítima é que sofrerá em razão da agressão às suas feições, não se justificando que terceiros possam buscar compensação pelo mal sofrido por outrem.

É importante esclarecer que, embora a legitimidade de propositura da ação de indenização por dano estético seja exclusiva da vítima, a regra comporta exceção para contemplar a possibilidade de os parentes próximos sofrerem o dano moral dito reflexo ou a ricochete, decorrente de uma lesão estética imposta a um ente querido. Situações haverá em que o dano estético causado à vítima repercutirá no seio familiar, como, por exemplo, na situação de um filho que, em decorrência de acidente, venha a se tornar paraplégico, legitimando terceiros a postularem indenização por dano moral. Contudo, o que se estará buscando indenizar não será o dano estético, mas sim o dano moral que, neste caso, será reflexo ou em ricochete.

Adverte Teresa Ancona Lopez, em conclusão ao capítulo em que trata da matéria, na sua excepcional obra sobre dano estético, ser *"perfeitamente possível o pedido de dano moral a ricochete no caso de dano estético toda vez que houver grande sofrimento causado pela deformidade ou aleijão em um ente muito próximo e muito querido"*.<sup>38</sup>

Outro alerta que se faz oportuno é que não se deve confundir o dano estético com o chamado dano por erro médico, porquanto embora comum em face de problemas cirúrgico, anestésico ou mesmo de tratamento, o dano estético pode se originar de várias outras causas tais como em acidentes de trânsito, de trabalho, de transporte, de atos criminosos etc.

<sup>36</sup> (TACRJ – AC 11856/93 – (Reg. 4706-2) – Cód. 93.001.11856 – 1ª C. – Rel. Juiz Gustavo A. K. Leite – j. 07.12.1993 – Ementário TACRJ 35/94 – Ementa 37141).

<sup>37</sup> Publicada no *DOe* de 01.09.2009.

<sup>38</sup> *O dano estético*, p. 153.

## 5 Dano reflexo ou a ricochete

Em matéria de dano material, de dano moral, bem como de dano estético, é perfeitamente possível verificar a existência, tanto do dano direto quanto do dano indireto ou reflexo, que alguns chamam de dano ricochete. É importante fazer este registro porque, enquanto o dano direto se esgota na ofensa direta à própria vítima, o dano reflexo resulta no mais das vezes não diretamente do ilícito perpetrado, mas como decorrência do mesmo.

Exemplo marcante no que diz respeito ao tema em foco encontra-se na jurisprudência pátria que, após longo período de negação, aceitou a tese de que seria perfeitamente possível indenizar os pais pela morte do filho, menor de idade, mesmo ele não exercendo atividade econômica, conforme assentado na Súmula 491 do STF.<sup>39</sup> Nesta situação, é possível identificar a ocorrência do dano moral pela perda do filho e, de maneira reflexa, o dano material como decorrência do mesmo fato.

E tal entendimento se justifica porque o dano causado a uma determinada pessoa pode ter reflexos patrimoniais para a própria vítima ou para terceira pessoa que dela dependa economicamente. É o caso, citando mais um exemplo, da mulher separada ou mesmo da concubina, ou ainda, dos filhos menores, que deixam de receber pensão alimentar em face da morte ou incapacitação física para o trabalho, daquele que lhes devia alimentos, em razão de acidente causado por terceira pessoa. Nestas circunstâncias, nascerá para os dependentes o direito de exigir do causador do dano a devida indenização que será reflexa em relação ao dano perpetrado.

Há situações outras, conforme exemplifica Maria Helena Diniz, nas quais é possível identificar o dano reflexo, como fatos supervenientes a agravar o montante do prejuízo resultante do dano direto, como seria o caso do vendedor de gado que entrega os animais doentes e, por via de consequência, vêm a contaminar todo o rebanho do comprador. Da mesma forma, a avaria de um cabo elétrico que é rompido, por negligência do funcionário da empresa distribuidora de energia, gerando a parada das máquinas e dos equipamentos de uma fábrica e, com isso, causando prejuízos pela não realização da produção programada. Em ambos os casos, estarão caracterizados o dano indireto, passível de indenização.<sup>40</sup>

No tocante à questão dos danos morais, a situação fica mais clara porquanto é perfeitamente compreensível que a agressão perpetrada contra uma determinada pessoa possa vir a repercutir no íntimo de uma outra ou mesmo de uma coletividade. Não há dúvidas quanto ao sofrimento que os pais experimentam em razão da morte de um filho; ou da esposa pela perda de seu marido; ou, ainda,

<sup>39</sup> STF – Súmula 491: É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

<sup>40</sup> *Curso de direito civil*, v. 7, p. 60-61.

de parentes próximos pela perda do ente querido. Wilson Melo da Silva, embora tratando dos danos decorrentes de acidentes de trânsito, é ilustrativo ao consignar que tanto o luto, quanto à angústia, o sofrimento e o pranto, autorizariam a qualquer um que sofra pelo acidentado, reclamar a devida reparação por danos extrapatrimoniais ou morais, no que é seguindo pela pacífica jurisprudência de nossos tribunais.<sup>41</sup>

Nestas circunstâncias, estaríamos diante do dano moral reflexo, isto é, a agressão perpetrada contra uma determinada pessoa repercutiu no íntimo de uma outra que, assim, se legitimaria a buscar a devida reparação. O terceiro aí legitimado teria sido atingido em sua órbita própria, por fato danoso perpetrado contra outra pessoa, caracterizando-se o dano moral reflexo ou indireto, também chamado de dano por ricochete.

Recente decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode bem exemplificar o acima exposto. O Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana considerou que os irmãos de vítima de erro médico devem ser indenizados por danos morais, independentemente do direito que assiste aos pais, pois considerou que tais direitos não se originam apenas da relação de parentesco, mas também dos vínculos de amor, amizade e afeto existente entre os familiares próximos. Tratava-se de ação de indenização por danos morais decorrente da morte de uma criança de três anos, em razão de intervenção cirúrgica, na qual o relator reconheceu não só o direito dos pais à indenização como também aos irmãos da vítima.<sup>42</sup>

A matéria aqui tratada sempre encontrou resistência na doutrina e, principalmente, na jurisprudência, embora o Código Civil, tanto o antigo quanto o novo, contenham expressa previsão do dano reflexo, pelo menos no que diz respeito ao homicídio, quando estabelece que a indenização consistirá, sem excluir outras reparações, na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável de vida da vítima (art. 948, II, do Código Civil).

## 6 Jurisprudência

**INDENIZAÇÃO – “DANOS ESTÉTICOS” OU “DANOS FÍSICOS” – INDENIZABILIDADE EM SEPARADO.** 1. A jurisprudência da 3ª Turma admite sejam indenizados, separadamente, os danos morais e os danos estéticos oriundos do mesmo fato. Ressalva do entendimento do relator. 2. As sequelas físicas decorrentes do ato ilícito, mesmo que não sejam visíveis de ordinário e, por isso, não causem repercussão negativa na aparência da vítima, certamente provocam intenso sofrimento. Desta forma, as lesões não precisam estar expostas a terceiros para que sejam indenizáveis, pois o que se considera para os danos estéticos é a degradação da integridade física da vítima, decorrente do ato ilícito. 3. Os

<sup>41</sup> *Da responsabilidade civil automobilística*, p. 474.

<sup>42</sup> TJRS, Ap. 70.008.099.517–Lajeado – 10ª Câm. Cível – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 12.08.2004.

danos morais fixados pelo Tribunal recorrido devem ser majorados pelo STJ quando se mostrarem irrisórios e, por isso mesmo, incapazes de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar completamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima. 4. Provido o recurso especial da parte que pretendia majoração dos danos morais, fica prejudicado o recurso especial da parte que pretendia a redução da indenização. **ATO ILÍCITO – VÍTIMA – PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA – PRESUNÇÃO – POSSIBILIDADE. PENSÃO – FIXAÇÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – NECESSIDADE – SÚMULA 313.** 1. Presume-se a redução da capacidade laborativa da vítima de ato ilícito que sofre graves sequelas físicas permanentes, evidentemente limitadoras de uma vida plena. 2. O só fato de se presumir que a vítima de ato ilícito portadora de limitações está capacitada para exercer algum trabalho não exclui o pensionamento, pois a experiência mostra que o deficiente mercado de trabalho brasileiro é restrito mesmo quando se trata de pessoa sem qualquer limitação física. 3. Sem provas do exercício de atividade remunerada, tampouco de eventual remuneração recebida antes do ato ilícito, a vítima tem direito a pensão mensal de 1 (um) salário-mínimo, desde o evento danoso até o fim de sua vida. 4. A indicação de termo final do pensionamento só é cabível quando se pretende pensão por morte, pois deve-se presumir que a vítima, não fosse o ato ilícito, viveria tempo equivalente à expectativa média de vida do brasileiro. 5. “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.” 6. É lícito ao juiz determinar que o réu constitua capital para garantir o adimplemento da pensão a que foi condenado, mesmo sem pedido do autor (STJ – REsp nº 899.869 – MG (2006/0046442-3) – 3ª Turma – Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros – j. 13.02.2007 – publicado no Conjur em 24.04.2007).<sup>43</sup>

**PRESTADORES DE SERVIÇO MÉDICO – ERRO – MORTE – INDENIZAÇÃO – DANO MATERIAL – PENSÃO PREVIDENCIÁRIA E DO DIREITO COMUM – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – DANO MORAL – VALOR – FIXAÇÃO – HONORÁRIOS DE ADVOGADOS.** Os prestadores de serviço médico são responsáveis pelos danos decorrentes da morte de paciente, quando demonstrado nos autos que agiram de forma negligência ao não adotar os procedimentos necessários em razão da gravidade do quadro clínico da vítima. É devida a indenização por dano material decorrente de erro médico, na forma de pensão mensal, ainda que a parte já receba pensão previdenciária, visto que é admitida sua cumulação com a do direito comum, ante o fato de terem origens distintas. É indenizável o dano moral decorrente da morte de ente querido em razão de ato culposo de médicos que foram negligentes no atendimento à paciente. O arbitramento da indenização decorrente de dano moral deve ser feito caso a caso, com bom senso, moderação e razoabilidade, atentando-se à proporcionalidade com relação ao grau de culpa, extensão e repercussão dos danos, à capacidade econômica, características individuais e o conceito social das partes. 100.001.2004.006073-9 apelação cível o percentual da verba honorária

<sup>43</sup> Tratou-se de caso em que uma mulher se submeteu a parto tendo sofrido sequelas. A vítima ficou sem a capacidade de controlar a defecação, perdeu parte do reto e do intestino, o controle do esfíncter e sofreu prejuízos à vida profissional e sexual. O STJ majorou a condenação fixada pelo TJMG e atribuiu à vítima uma indenização de R\$ 200 mil (50 por danos morais e 150 por danos estéticos), mais uma pensão mensal vitalícia equivalente a um salário-mínimo.

ria, quando decorrente da condenação em ação indenizatória com vistas à percepção de pensão mensal, deve incidir sobre o somatório das parcelas vencidas, acrescidas de mais 1 (um) ano das prestações vincendas (TJRO – AC 100.001.2004.006073-9 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia – j. 11.04.2007).

**CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO ORDINÁRIA EM QUE OBJETIVA A AUTORA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE TERIA SOFRIDO, EM VIRTUDE DE ALEGADO ERRO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMAS A QUE SE SUBMETEU PERANTE O RÉU – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA – A RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS, EM PRINCÍPIO, É BASEADA NA CULPA (ART. 14, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR), MAS, NOS CASOS DE CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** Conjunto probatório dos autos que permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela autora através da cirurgia plástica de mamas realizada pelo cirurgião-réu, o que lhe acarretou, inclusive, cicatrizes irregulares e assimetria mamária, consoante apontado pela provatécnica. Serviço mal prestado. Obrigação de indenizar caracterizada. Danos materiais demonstrados. Dano moral e estético igualmente configurados. Quantificações dotadas de proporcionalidade e razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, a não merecer modificação. Os juros moratórios devem incidir a partir da citação, por versar a hipótese ilícito contratual. Sentença mantida. Desprovimento dos recursos (TJRJ – AC 2007.001.08531; Décima Sétima Câmara Cível – Relª Desª Maria Ines da Penha Gaspar – j. 21.03.2007).

**ERRO MÉDICO – COMPLICAÇÕES PÓS-CIRÚRGICAS – SÍNDROME COMPARTIMENTAL – INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL COM BASE NO ARTIGO 400, INCISO II, DO CPC – FACULDADE DO MAGISTRADO DE DECIDIR QUAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SÃO NECESSÁRIOS AO SEU JULGAMENTO.** Laudo pericial apontando negligência do cirurgião no diagnóstico e atendimento aos sintomas de complicações. Conduta culposa que ensejou a amputação do braço direito do paciente. Responsabilidade do anestesista afastada pelo perito judicial. Dever de indenizar: culpa subjetiva do artigo 14 § 4º da Lei nº 8078. Possibilidade de acumulação dos danos estéticos e moral. Súmula nº 96 do TJ-RJ. Reparações arbitradas em 50 mil reais para cada um dos danos sofridos. Ação secundária improcedente. Confirmação. Apelação e agravo retido desprovidos (TJRJ – AC 2007.001.03952; Décima Câmara Cível – Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto – j. 14.02.2007).

**DANO MORAL – ERRO MÉDICO – CUMULAÇÃO COM DANO MATERIAL – CIRURGIA DE HISTERECTOMIA.** Perda do rim. Nexo causal comprovado. Solidariedade entre médico e hospital. Reconhecimento. Indenização devida, porém reduzida. Recurso parcialmente provido (TJSP – APL 200.950-4/8-00; São José dos Campos; Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia – j. 16.03.2006).

**PRESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS.** Paraplegia permanente oriunda de abscesso ocasionado por infecção hospitalar durante parto cesariana. Relação de causa e efeito presente. Dever do nosocômio indenizar. Reconhecimento. Sentença de impro-

cedência reformada. Autora que decaiu apenas do pedido de ressarcimento de despesas com tratamento médico, transportes, lucros cessantes e com empregada doméstica, conglomeradas na indenização fixada a título de danos materiais (pensão mensal no valor de dois salários-mínimos). Recurso parcialmente provido, nos termos acima mencionados (TJSP – AC 278.894-4/7; São José do Rio Preto; Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Testa Marchi – j. 11.04.2006).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MATERIAL – CUMULAÇÃO COM DANOS ESTÉTICO E MORAL – ERRO MÉDICO.** Jovem submetida a cirurgia estética para redução de mamas, com conseqüente quadro de infecção, que levou à necrose do tecido dos seios. Sucessivas cirurgias reparadoras. Alegação de culpa do apelado, que não deu tratamento pós-operatório adequado à paciente. Prova pericial que apontou a existência de culpa do apelado. O laudo pericial é claro e conclusivo no sentido de que o apelado não adotou o procedimento adequado ao vislumbrar que a paciente apresentava quadro infeccioso com indícios de necrose do tecido das mamas. Responsabilidade subjetiva (artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Imprudência e negligência do profissional. Ausência de prova em contrário. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido (TJSP – AC 211.244-4/1-00; São Paulo; Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Teixeira Leite – j. 01.12.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL PÚBLICO – ERRO MÉDICO – DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – REPARAÇÃO – OBRIGATORIEDADE – CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXTRA CONTRATUAL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PÚBLICO – NECROSE DOS DEDOS DA MÃO ESQUERDA – DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – REPARAÇÃO – DEVER.** Ação ordinária ajuizada objetivando danos morais, materiais e estético, em virtude de necrose das falanges dos dedos da mão esquerda, advinda da intervenção médica ocorrida no Hospital Geral de Bonsucesso, em recém-nascida prematura e com insuficiência respiratória, com fundamento na responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF). Os danos materiais postulados pela vítima são devidos no limite do que se comprovou nos autos, bem como no patamar do que tem correlação com o evento dano. A responsabilidade objetiva dispensa a parte de provar a culpa lato sensu, ante a adoção, pelo direito pátrio, da teoria do risco administrativo. São acumuláveis os danos morais e estéticos, mesmo que derivados de um mesmo fato, eis que a ofensa dirige-se a bens jurídicos distintos. Dano estético e danos morais fixado em conjunto, sendo que, para a quantificação dos danos, deve-se levar em consideração, para a hipótese, a tenra idade da vítima, a deformidade que lhe acompanhará pela vida e a angústia e sofrimento pelo mal sofrido (TRF 2ª R. – AC 330136 – RJ – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo – DJU 26.02.2004 – p. 99).

**ERRO MÉDICO – QUEIMADURA EM BEBÊ DURANTE CESARIANA.** Queimadura causada ao bebê por ocasião da realização de cesariana. Constatado por perícia que a lesão decorreu de desatenção ou imperícia, é responsável a Ré pelos atos de seus prepostos, sendo devidas as indenizações por danos estético e moral, fixadas moderadamente, por ser a maternidade gratuita e de caráter filantrópico (TJRJ – Ac. unân. da 6ª Câm. Cív. – Ap. 4.063/97 – Relª Desª Valéria Maron – j. 19.01.1998 – COAD – v. 2, p. 133).

# Nexo Causal e as Excludentes de Responsabilidade

---

## 1 Conceito e fundamentos

O nexo causal é a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento que, sem a sua ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretenda interpor qualquer ação de responsabilidade civil.

A lógica está em que o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu causador ou responsável, ou ainda, como diz de forma atualíssima Savatier, “*um dano só produz responsabilidade quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado*”.<sup>1</sup>

Em razão da adoção da teoria do risco em diversas legislações esparsas e, mais recentemente, no Código Civil brasileiro, o estudo do nexo causal toma contornos de grande importância, principalmente porque, pela teoria do risco o pressuposto da responsabilização encontra-se centrado no dano e no nexo causal, provas que incumbe à vítima demonstrar. Não se esqueça que em sede de responsabilidade objetiva, a vítima, embora não precise provar a culpa do agente, deverá, obrigatoriamente, provar o dano e o nexo de causalidade que ligue o evento danoso ao responsável pela atividade.

Não é por outra razão que já advertia Ripert, ao afirmar que se fazemos desaparecer a ideia de falta, a ideia de causalidade passa para o primeiro plano,

---

<sup>1</sup> *Traité de la responsabilité civile en droit français*, v. II nº 456 (apud Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações*, p. 324).

tomando a seu cargo o fundamento da responsabilização, enquanto ato humano que traz consigo os seus riscos como uma consequência necessária.<sup>2</sup>

Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, ainda assim, não se prescinde do nexo de causalidade, porque só se pode falar em dano indenizável quando exista uma relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido pelo credor.

A matéria é complexa, embora pareça de fácil compreensão. Tanto é assim que o magistrado Sergio Cavalieri Filho, abordando a questão, observa que *“quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano”*. Como nem sempre, nas relações jurídicas, as coisas se mostram com tamanha simplicidade, acresce o ilustre autor que *“o problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado”*.<sup>3</sup>

Não bastassem as dificuldades já apontadas, adicione-se ao problema a ocorrência concomitante de concausas, possibilidade sempre possível de ocorrer na área médica. Nestas circunstâncias chegar-se a verdadeira causa do dano será sempre tarefa complexa.

Em face destas dificuldades é que surgiram algumas teorias para procurar explicar o melhor método de se aferir o nexo causal e, dentre estas, três merecem registros: a da causalidade adequada, a da equivalência dos antecedentes e a dos danos diretos e imediatos.

## 2 Teoria da causalidade adequada

Já tivemos oportunidade de afirmar que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada na exata medida em que, embora não haja menção expressa ao nexo causal, quando trata das perdas e danos, deixa antever a teoria adotada, porquanto em seu art. 403, expressamente diz: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”*.<sup>4</sup> Grifamos a expressão *efeito dela direto e imediato* porque, a nosso entender, aí se encontra a causa mais diretamente ligada ao evento, portanto, mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> A regra moral nas obrigações civis, p. 213-214.

<sup>3</sup> Programa de responsabilidade civil, p. 58.

<sup>4</sup> Ver nossa obra *Da culpa e do risco*, p.104.

<sup>5</sup> Assim também Sergio Cavalieri Filho, op. cit. p. 62.

Extraímos essa convicção dos ensinamentos de Martinho Garcez Neto, para quem a “teoria dominante, na atualidade, é a da ‘causa adequada’, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: só o são, é certo, em concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém, em geral ou em abstrato, que é como se deve plantar o problema”. Para tornar mais acessível a compreensão da teoria abraçada, o ilustre civilista preleciona que, “para aferir a responsabilidade civil pelo acidente, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano”.<sup>6</sup>

Mesma opinião é partilhada pelo não menos brilhante Caio Mário da Silva Pereira que lecionando sobre a matéria afirma: “Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza”. Em consequência, conclui com maestria o grande mestre, “a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexos de causalidade, eliminando os demais”.<sup>7</sup>

### 3 Outras teorias sobre o nexos causal

A teoria da equivalência das condições, também chamada de teoria da “*conditio sine qua non*”, procura atribuir, a toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano, a qualidade de uma causa. Por essa teoria, qualquer das causas pode ser considerada eficiente para gerar o dano, assim, a sua equivalência está a par de que, suprimida uma das causas, o dano não se verificaria.<sup>8</sup>

Embora esta seja a teoria adotada pelo nosso Direito Penal, ainda que mitigada, diversos autores tecem severas críticas à mesma, principalmente pelo fato de produzir uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexos causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem fabricou, quem forneceu a matéria-prima e assim por diante, o que, a toda evidência, é um verdadeiro absurdo.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Prática da responsabilidade civil, p. 28.

<sup>7</sup> Responsabilidade civil, p. 79.

<sup>8</sup> Cf. Agostinho Alvim. *Inexecução das obrigações*, p. 329.

<sup>9</sup> Cf. Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, p. 59.

E, por último, a teoria dos danos diretos e imediatos, também chamada de teoria da relação causal imediata, que nada mais é do que a síntese das duas anteriores, com uma certa amenização no que tange às extremas consequências a que se pudesse chegar na aplicação prática de tais teorias, sendo, inclusive, para alguns autores, a teoria adotada pelo nosso Código Civil brasileiro, opinião que não partilhamos.<sup>10</sup>

Para Agostinho Alvim, “*é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução*”.<sup>11</sup>

## 4 Concausa

Concausa é uma outra causa, preexistente, superveniente ou concomitante que, juntando-se à causa principal contribui para o agravamento do resultado danoso indenizável, mas que não tem força para ilidir o nexo causal do ato praticado pelo agente principal.

Quando a concausa for preexistente, embora possa concorrer para o agravamento do resultado lesivo, jamais terá o condão de quebrar o nexo de causalidade. Dessa forma, se uma pessoa é diabética e vem a sofrer um acidente por mordida de animal, tendo que se submeter a cirurgia em razão das feridas, e como decorrência vem a falecer em face de seus problemas de saúde, ainda que a doença fosse preexistente e causa concorrente para o evento morte, ainda assim não teria o condão de eximir de responsabilidade o detentor do animal, na exata medida em que a vítima não teria sido submetida àquela cirurgia se não tivesse ocorrido o acidente.

Já no que diz respeito à concausa concomitante ou superveniente, assim como à concausa preexistente, embora possa ser causa de agravamento da situação da vítima, em nada beneficia o agente responsável pelo dano. Por esta razão é que Martinho Garcez Neto afirma de maneira conclusiva que “*se a vítima, transportada para um hospital ali falece em virtude de uma epidemia de gripe, de um incêndio, de um acidente operatório (anestesia), ou de imperícia médica, ainda, em tais casos, haverá conexão adequada e, portanto, o autor do evento culposos terá que responder pelo dano decorrente*”.<sup>12</sup>

Somente em situações excepcionalíssimas a concausa concomitante ou superveniente poderá ter relevância jurídica de quebrar o nexo causal entre o evento primeiro e aquele desencadeado, de forma autônoma, posteriormente ao evento lesivo final. O jurista italiano Adriano de Cupis chega à conclusão de que ela só exercerá influência, quando o dano produzido resultar exclusivamente

<sup>10</sup> Ver Carlos Roberto Gonçalves e Agostinho Alvim, dentre outros.

<sup>11</sup> *Inexecução das obrigações*, p. 339.

<sup>12</sup> *Prática de responsabilidade civil*, p. 33.

desse fato, ainda que idôneo para produzir o mesmo resultado fosse o fato pre-existente: porque só em tal hipótese – em que o fato superveniente assume papel preponderante e absorvente – é que se pode cogitar de interrupção do nexo causal.<sup>13</sup> Poderíamos exemplificar com a hipotética situação de alguém que, tendo sofrido um acidente de trânsito de menor gravidade, sofrendo tão somente escoriações leves, é levado a um hospital para realizar curativos e, lá estando, vem a falecer em razão de um aneurisma cerebral. Ora, a toda evidência, o acidente em nada contribui para a *causa mortis*, já que sabemos que edema desta ordem não se desenvolve do dia para a noite, podendo até ser congênita, cuja ocorrência não guarda nenhuma relação com o acidente. Assim, se o motorista atropelante tivesse que ser responsabilizado, deveria sê-lo tão somente pelas lesões provocadas e, jamais, pela morte, cuja causa foi totalmente independente do evento danoso.

Contudo, conforme os ensinamentos de Nelson Hungria, o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado não é interrompido ou excluído pela interferência cooperante de outras causas. Tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do osso frontal atingido pelo golpe, ou de um processo infeccioso consequente à lesão recebida.<sup>14</sup>

## 5 Exclusão do nexo causal

Como dissemos no início deste capítulo, o nexo causal é elemento indispensável para responsabilização do agente causador do dano ou do agente responsável pela atividade, de tal sorte que mesmo que o agente tenha sido envolvido em um evento danoso, se não lhe deu causa, estará isento do dever de reparar o dano.

### 5.1 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima é uma das excludentes do dever de indenizar. Não poderia ser de outra forma. Se o agente em nada contribuiu para a ocorrência do evento, tendo sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, não há falar-se que exista nexo entre o resultado lesivo e a ação praticada.

É interessante destacar que o Código Civil de 1916 não previa a culpa exclusiva da vítima como causa exonerativa de responsabilidade. O novo *civile codex* de 2002 somente se reporta a esta excludente quando trata da responsabilidade do possuidor de animal, que somente se eximirá do dever de indenizar pelos danos por ele causado, quando prove culpa exclusiva da vítima ou força maior

<sup>13</sup> Il danno, p. 125 (apud Martinho Garcez Neto. *Prática de responsabilidade civil*, p. 32).

<sup>14</sup> As concausas e a causalidade in *Revista Forense*, v. 89, p. 51 (apud Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil*, p. 34).

(art. 936). Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de suprir esta lacuna, pois quando se alude a ato ou fato exclusivo da vítima estamos em verdade falando da quebra do nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente.

A culpa exclusiva da vítima no caso de erro médico será identificado como aquele comportamento sem o qual o evento danoso não teria se materializado. Se o paciente adota posturas que agravam seu estado de saúde ou descumpre deliberadamente as prescrições, e com isso não obtém o pleno restabelecimento ou ocorre o óbito, evidente que o insucesso de tratamento não se poderá imputar ao médico, tendo em vista que foi a conduta do paciente a causa determinante do resultado funesto. Logo, não haverá nexo de causalidade entre a atividade médica e o evento danoso que se pretenda indenizar.

E há toda uma lógica para assim se considerar. Se foi a vítima quem provocou o evento danoso, tendo o agente sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, evidentemente que não há falar-se em indenização. Neste caso, não há liame de causalidade entre a ação perpetrada e o resultado lesivo, sendo caso de irresponsabilidade do agente.

Colhe-se na doutrina de López-Muñoz y Larraz um exemplo esclarecedor. Um gineco-obstetra ao consultar uma jovem grávida recomendou-lhe perder peso como forma de evitar o risco de vir a sofrer toxemia ou eclampsia. Um mês depois do último aviso médico, a paciente não acorda e falta à consulta marcada para aquele dia. O marido, ao chegar do trabalho e verificando que sua mulher apresenta inflamações em diversa parte do corpo, dificuldades para falar e caminhar, recorre ao médico e este lhe pede que a paciente seja levada ao seu consultório na segunda-feira. Naquele dia, a gestante apresenta convulsões e é transportada para o hospital, onde a espera o médico, que logo, ao examiná-la, diagnostica eclampsia aguda. Resultado: o feto nasceu morto no dia seguinte e a paciente veio a falecer três dias depois. Inconformado, o marido acionou o médico por negligência. A defesa do profissional se fundamentou em três aspectos: (a) descumprimento da obrigação imposta, reiteradas vezes, de perder peso; (b) atraso culposo em informar prontamente ao médico o súbito agravamento de seu estado de saúde; (c) não haver comparecido à consulta marcada por estar dormindo, fato que impediu ao médico poder verificar em tempo hábil a deterioração das condições de saúde da paciente. O médico foi absolvido.<sup>15</sup>

## 5.2 *Fato de terceiro*

Fato de terceiro é o evento em que, nem a vítima nem o agente, deram causa a sua incidência. Em muito se assemelha com o caso fortuito e a força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, que são os elementos

<sup>15</sup> Defensas em las negligencias médicas, p. 186 (apud Miguel Kfoury Neto. *Culpa médica e ônus da prova*, p. 37-38).

a excluir o dever de indenizar, exatamente porque desfaz o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo.

A esse respeito, a lição sempre presente do mestre Wilson Melo da Silva, que prelecionando sobre a matéria, afirmou: “*Se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao fortuito. Fora daí, não. Só pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro, não se tornaria ele equipolente ao casus (caso fortuito) ou à vis major (teoria da imprevisão).*”<sup>16</sup>

Vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente esteja internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito como fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a ilação de que, não tendo o ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade da prestadora de serviços restaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.

A culpa exclusiva de terceiro também foi incluída no Código de Defesa do Consumidor como causa exonerativa da responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, nos casos de acidentes de consumo causados por produtos ou serviços (Lei nº 8.078/90, arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II), conforme veremos a seguir.

### 5.3 Caso fortuito ou de força maior

O caso fortuito e a força maior são elementos de exclusão da responsabilidade exatamente porque quebram o elo entre o ato do agente e o evento lesivo advindo. Poderíamos afirmar que é um caso típico de irresponsabilidade tanto subjetiva quanto objetiva.

O caso fortuito está diretamente relacionado com eventos alheios à vontade das partes, tais como: greves, motins, guerras, dentre outros. Já a força maior é fato que decorre de eventos naturais, como, por exemplo, raios, inundações e terremotos. De toda sorte, o Código Civil trata os dois institutos da mesma forma, não fazendo nenhuma distinção entre eles, ao preceituar: “*O caso fortuito ou*

<sup>16</sup> Responsabilidade civil automobilística, p. 105.

*de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”* (art. 393, parágrafo único).

Para caracterização do caso fortuito ou de força maior é preciso que o evento possa ser classificado como inevitável e irresistível a qualquer esforço humano quando então, a sua ocorrência, fará cessar a responsabilidade de indenizar porquanto estes fatos excluem a culpabilidade do agente, visto que não se poderia atribuir a ele nem dolo nem culpa.

A sua ocorrência quebra o nexo de causalidade no campo da responsabilidade aquiliana porquanto não há falar-se em culpa de quem não deu azo ao evento, como também exclui a responsabilidade objetiva, tanto contratual quanto extracontratual.<sup>17</sup> A esse respeito adverte Carlos Alberto Bittar, quando discorre sobre os danos indenizáveis, fazendo uma ressalva no tocante à necessidade de excluir do contexto destes os danos chamados justos, ou seja, aqueles definidos no direito objetivo (legítima defesa, exercício regular de um direito, e outras) e aqueles provenientes de força da natureza ou do acaso (força maior e caso fortuito).<sup>18</sup>

No tocante à responsabilidade objetiva e contratual, como é o caso dos transportes de passageiros, tomemos como exemplo recente decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, que em decisão que visava uniformizar jurisprudência, firmou entendimento no sentido de que constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora, assalto à mão armada ocorrido dentro de veículo coletivo.<sup>19</sup>

Para ilustrar tudo quanto exposto, tomemos como exemplo situação criada pela mestra Maria Helena Diniz, que analisando a incidência de caso fortuito assevera que o mesmo decorre de uma causa desconhecida tal como o cabo elétrico aéreo que se rompe e vem a cair sobre fios telefônicos causando incêndio e, por extensão, provocando a explosão de uma caldeira que culmina por provocar a morte do operador. Nesta circunstância, estar-se-ia diante de um fato totalmente imprevisível que independeria dos cuidados e diligências normais, o que excluiria a responsabilidade do responsável pela atividade.<sup>20</sup>

Importante frisar que, tanto num caso quanto noutro, para que se possa falar em excludente de responsabilidade, há que se fazer presente a imprevisibilidade (caso fortuito) ou a inevitabilidade (para a força maior), sendo ademais necessário realizar-se a robusta prova de sua incidência, pois as divergências doutrinárias e jurisprudenciais ainda se fazem presentes, o que torna a questão tormentosa, visto que, para situações similares, tem-se adotando posicionamento diametralmente oposto.

<sup>17</sup> Como exemplo, veja-se, dentre outros, os arts. 393, *caput*, e 744 do novo Código Civil.

<sup>18</sup> *Reparação civil por danos morais*, p. 30.

<sup>19</sup> STJ – 2ª Seção, REsp nº 435.865/RJ – Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, j. 09.10.2002.

<sup>20</sup> *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 101.

## 6 O nexu causal e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor pelos defeitos de produtos (art. 12) e de serviços (art. 14), prevê expressamente que a responsabilidade de reparação pelos danos causados aos consumidores, em face dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, independe da existência de culpa, logo trata-se de responsabilidade objetiva.

Anote-se que a responsabilidade que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor (de produtos ou de serviços) é um dever de qualidade e de segurança. Isto quer dizer que aquele que coloca um produto ou um serviço no mercado tem a obrigação legal de ofertá-lo sem risco ao consumidor no que diz respeito à sua saúde, à sua integridade física e ao seu patrimônio.

Na questão do erro médico, a isenção do dever de indenizar somente ocorrerá se o prestador de serviços provar que tendo fornecido o serviço, inexistente o defeito apontado (art. 14, § 3º, I), ou ainda, que o dano decorrente se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º, II).

Importante rememorar que com relação aos profissionais liberais, o Código exige, para configuração da responsabilidade, que seja demonstrada a culpa, adotada a responsabilidade subjetiva como elemento ensejador do dever de indenizar, porém este tema será tratado em capítulo próprio.

### 6.1 Inexistência do defeito apontado

O dever de indenizar, quando falamos do fato do produto ou de serviço, tem como pressupostos a existência de um “defeito” e a ocorrência de um “dano” relacionado ao defeito apontado. Por conseguinte, se o produto ou serviço não apresentar nenhum defeito que possa diminuir-lhe as qualidades ou quantidades, não causando nenhum dano ao consumidor, não se poderá falar em indenização.

Preleciona o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que “*não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor*”, para depois concluir que “*o defeito do produto ou do serviço aparece como um dos principais pressupostos da responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo*”.<sup>21</sup>

Significa dizer que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, principalmente em se tratando de fato do produto ou do serviço, a responsabilização do fornecedor é objetiva. Consequentemente, o consumidor, em ação de responsabilidade

<sup>21</sup> Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, p. 265.

civil decorrente de acidente de consumo, somente precisará provar a existência do dano e o nexo causal que o liga ao produto ou serviço que adquiriu.<sup>22</sup>

## 6.2 Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

Exclui a responsabilidade do fornecedor de produtos ou de serviços, se ficar provado que o acidente de consumo se deu em razão da culpa exclusiva da vítima ou por ação exclusiva de terceiro, porquanto não haveria nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor do produto ou serviço (Lei nº 8.078/90, art. 12, § 3º, III, e art. 14, § 2º, II).

Neste caso, o que o Código prevê é a possibilidade de exclusão de responsabilidade decorrente do uso inadequado de produto, seja pelo próprio adquirente, seja por terceira pessoa. Mas não é somente o uso inadequado que poderá exonerar o fornecedor do dever de indenizar, pois poderão ocorrer também outras hipóteses, tais como: o consumidor ser negligente ao manusear o produto; não seguir as instruções de uso; entregar o produto para uso a pessoa não recomendada; consumir o produto com validade vencida, dentre outras.

Forçoso é reconhecer que, se o usuário por moto próprio resolve exacerbar os riscos, expondo-se a acidentes que, em condições normais, o produto ou serviço não ofereceria, não se pode responsabilizar o responsável pela atividade na exata medida em que, tendo ocorrido acidente, o mesmo não decorreu dos riscos da atividade oferecida, mas sim em face do uso inadequado promovido pelo próprio usuário.

Já fizemos este alerta, porém cabe repetir: O Código de Defesa do Consumidor não proíbe o fornecimento ou comercialização de produtos ou serviços perigosos, apenas exige do fornecedor que sejam ofertadas ao consumidor, de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa, com todas as informações de uso adequado do produto ou serviço (art. 31 do CDC). Se o consumidor é negligente, não se pode premiar sua falta de diligência, responsabilizando quem não contribuiu para o evento danoso.

No que diz respeito ao terceiro, necessário se faz que seja pessoa estranha à relação de consumo, entabulada entre o consumidor e o fornecedor. Isto é, não pode ser enquadrado como terceiro o empregado, o preposto ou o representante autônomo.

Esclareça-se por fim que, pelo disposto no art. 34, do mesmo diploma legal, o fornecedor de produtos ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, assim como a norma do art. 7º, parágrafo único e o art. 25, § 1º, estipula que, na eventualidade de mais de um causador do dano, todos deverão responder solidariamente.

<sup>22</sup> Cf. Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, op. cit. p. 65.

### 6.3 Outras possíveis excludentes (não previstas no Código de Defesa do Consumidor)

A regra geral, prevista no Código de Defesa do Consumidor e conforme já frisamos, é a que somente prevê a exclusão da responsabilidade em face das eximentes expressamente previstas em seu corpo normativo (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º), contudo, alguns doutrinadores têm se posicionado no sentido de ser, perfeitamente possível, o abrandamento de tal rigor, considerando outras eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade, tais como o caso fortuito ou força maior, além de considerar possível a redução do valor indenizatório quando se puder provar a culpa concorrente da vítima, tópicos que merecem nossa reflexão a seguir.

#### 6.3.1 Caso fortuito e força maior

Devemos destacar inicialmente que o novo Código Civil, quando trata de responsabilidade civil objetiva, prevê “*hipóteses que excluem a responsabilidade objetiva, que são o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro*”, conforme tivemos oportunidade de enfatizar em nossa obra sobre danos morais.<sup>23</sup>

Quando adentramos em seara consumerista, verificamos que o Código de Defesa do Consumidor não considera, de forma expressa, como eximentes o caso fortuito ou a força maior (a teor do que dispõe os já mencionados arts. 12, § 3º, e art. 14, § 2º, da Lei nº 8.078/90).

Doutrinando sobre a matéria, o mestre Senise é peremptório ao afirmar que “*o microssistema é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior*”.<sup>24</sup> E, assim o faz, após tecer considerações no sentido de que a lei do consumidor é silente quanto à matéria, portanto, não deveriam ser aplicadas as normas do Código Civil, porque na interpretação das normas restritivas de direito não pode o intérprete querer alargar a aplicação da norma, devendo se ater a sua forma declarativa ou estrita.<sup>25</sup>

Mesma opinião é partilhada pelo magistrado Rizzatto Nunes, que, de forma mais contundente, afirma que o legislador ao utilizar o advérbio *só*, para discriminar as excludentes do § 3º do art. 12 (produtos) e do § 2º do art. 14 (serviços), não deixou nenhuma margem de dúvida, sendo taxativo, logo, não cabendo perquirir sobre nenhuma outra excludente que não as expressamente elencadas nos referidos parágrafos.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Dano Moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*, p. 38.

<sup>24</sup> Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 271.

<sup>25</sup> Assim também Sílvio Luis Ferreira da Rocha e Maria Antonieta Zanardo Donato, dentre outros.

<sup>26</sup> Luiz Antonio Riazatto Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 169.

De outro lado, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin têm entendimento divergente no tocante à matéria. Segundo o nobre jurista, com a autoridade de quem foi um dos elaboradores do anteprojeto do código consumerista, a regra geral no direito pátrio é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil, concluindo que, se o Código de Defesa do Consumidor não os elenca como excludentes, também não os nega, razão por que entende que o caso fortuito e a força maior afastam o dever de indenizar.<sup>27</sup>

Da mesma forma Jaime Marins que, embora fazendo uma distinção no que diz respeito a força maior, se ocorrente na cadeia de produção ou após a introdução do produto no mercado, defende que a força maior e o caso fortuito devam ser aceitas como exoneradora da responsabilidade civil, na exata medida em que afastam o nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilização civil.<sup>28</sup>

Nosso entendimento segue na direção da aceitação da tese pelo acolhimento do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, na exata medida em que se deve compreender a lei consumerista, como legislação destinada a proteger as relações de consumo e, não exclusivamente o consumidor, de tal sorte que, ocorrido o fato imprevisível e inevitável, após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, haveria a quebra do nexo causal, não se podendo responsabilizar o fornecedor por evento que não deu causa, nem tinha como prever ou evitá-lo.

Não é por outra razão que João Batista de Almeida vaticina: *“Apesar de não prevista expressamente na Lei de proteção, ambas as hipóteses possuem força liberatória e excluem a responsabilidade, porque quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano causado ao consumidor.”* Para não deixar dúvida quanto ao seu posicionamento, renomado mestre exemplifica: *“Não teria sentido, por exemplo, responsabilizar-se o fornecedor de um eletrodoméstico, se um raio faz explodir o aparelho, e, em consequência, causa incêndio e danos aos moradores: inexistiria nexo de causalidade a ligar eventual defeito do aparelho ao evento danoso.”*<sup>29</sup>

É interessante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com relação aos serviços, já pacificou a matéria, admitindo as excludentes de caso fortuito ou força maior, a partir do voto do E. Ministro Eduardo Ribeiro, que na condição de relator, decidiu questão acerca de prestação de serviço e, conforme ementa que se colaciona, assim decidiu: *“O fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do*

<sup>27</sup> Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 67.

<sup>28</sup> Responsabilidade da empresa pelo fato do produto, p. 154.

<sup>29</sup> A proteção jurídica do consumidor, p. 88-89.

art. 1.058 do Código Civil” (a referência é ao Código de 1916, correspondente ao atual art. 393).<sup>30</sup>

A nosso sentir, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade como pressuposto para responsabilizar o fornecedor, conseguintemente justifica-se a aplicação subsidiária dos princípios esculpido no Código Civil naquilo em que a lei consumerista for omissa. Daí, conclusão que exsurge é que as excludentes *força maior* e *caso fortuito* são plenamente aplicáveis em seara consumerista.

### 6.3.2 Culpa concorrente

Embora o Código de Defesa do Consumidor não faça nenhuma menção à culpa concorrente, seja da vítima seja do terceiro, somos de entendimento de que é perfeitamente possível a aplicação de tal preceito com o fito de minorar o dever de indenizar por acidentes de consumo decorrentes do fornecimento de produtos ou serviços. Tal decorre do fato de que não há nenhuma incompatibilidade com as regras consumeristas a aplicação desta minorante.

E assim pensamos, porque é perfeitamente possível que o consumidor possa contribuir para que a fruição do produto ou de serviço possa ser realizada de maneira inadequada, vindo a gerar um dano, quando então não se poderia responsabilizar exclusivamente o fornecedor. Nesse norte, cabe também destacar que o Código de Defesa do Consumidor não trata da culpa concorrente, seja do utente ou adquirente, seja de terceiro. Nestes casos, contudo, cabe aplicar por analogia o Código Civil e, embora não possa ser considerada uma eximente, deve concorrer para minorar a responsabilidade do fornecedor.<sup>31</sup>

Nesta mesma linha de pensar, Alberto do Amaral Junior afirma que “o *curso de culpa do consumidor lesado produz, como consequência, a redução do montante a ser pago a título de ressarcimento*”.<sup>32</sup> Também o magistrado Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, para quem a “*culpa concorrente do ofendido deverá ser valorada no momento da fixação do valor da indenização*”, concluindo em seguida que tanto na indenização por danos materiais quanto por danos morais, “o juiz, no momento do arbitramento, deverá valorar a culpa concorrente do consumidor como uma das circunstâncias mais expressivas para a fixação do montante indenizatório”.<sup>33</sup>

Outros doutrinadores brasileiros têm defendido a mesma tese e, por ilustrativo, trazemos à colação a lição do mestre Carlos Alberto Bittar que, prelecionando sobre a matéria, deixou assentado: “*havendo culpas concorrentes, poderão forrar-se à reparação na proporção em que provarem a culpa do consu-*

<sup>30</sup> STJ – 3ª Turma – REsp nº 120.647-SP, j. 15.05.2000 in *LEX-JSTJ*, 132/101.

<sup>31</sup> Cf. Jaime Marins. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, p. 152.

<sup>32</sup> *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, p. 288.

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 278.

midor”.<sup>34</sup> Assim também João Batista de Almeida, ao considerar que “*a culpa concorrente não a exclui (a responsabilidade) mas conduz a uma redução do ‘quantum’ indenizatório*”.<sup>35</sup>

Assim, não se admitir esta minorante vai contra o senso do direito e da justiça, porquanto não se pode admitir que quem cause, culposamente, um dano a si mesmo, venha a se beneficiar da integralidade indenizatória se para o evento lesivo veio a concorrer.<sup>36</sup>

## 7 Jurisprudência

**RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – ART. 14 DO CDC – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CASO FORTUITO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.** 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva, o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.180.815 – 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 26.08.2010).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CIRURGIA PLÁSTICA (IMPLANTE CAPILAR) – NATUREZA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Perito médico que está apto a proceder a perícia, não havendo necessidade de especialidade em cirurgia plástica, tampouco em implante capilar. Inadimplemento contratual e imperícia não demonstrados. Insucesso da operação que decorreu da desídia da própria autora, que apesar de informada, previamente, sobre a necessidade de complementação da cirurgia (retoque), para se chegar ao resultado almejado, recusou-se a dar continuidade ao tratamento. Dever de indenizar não configurado. Apelação conhecida e não provida (TJPR – AC 0816016-1 – Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Junior – DJe 27.02.2012 – p. 224).

**ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – NEXO DE CAUSALIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO.** O nexo de causalidade entre o fato gerador do evento danoso, o dano e o sujeito a quem se preten-

<sup>34</sup> *Direitos do consumidor*, p. 35.

<sup>35</sup> *A proteção jurídica do consumidor*, p. 69.

<sup>36</sup> Cf. Silvio Luís Ferreira da Rocha. *A responsabilidade pelo fato do produto*, p. 46.

de atribuir a responsabilidade se revela elemento indispensável para que possa surgir o dever de indenizar. Não restou demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável ao ente público e o suposto dano, uma vez que o Autor não comprovou que o fragmento de agulha teria sido “esquecido” em seu corpo durante a realização do procedimento cirúrgico a que foi submetido no Hospital da Aeronáutica. Recurso improvido (TRF 02ª R. – AC 2000.51.01.021137-6 – Quinta Turma Especializada – Rel. Des. Fed. Fernando Marques – DEJF2 23.11.2010).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ALEGADO ERRO MÉDICO – HOSPITAL PÚBLICO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO.** Inexistindo nos autos prova robusta a demonstrar a existência de nexo de causalidade entre a conduta do médico que realizou o procedimento cirúrgico e as sequelas apontadas pela autora, deve ser indeferido o pedido de indenização por dano moral e material (TJ-DF – Rec. 2004.01.1.103639-5 – Ac. 440.240 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Natanael Caetano – DJDFTE 25.08.2010 – p. 61).

**APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL E SUBJETIVA DOS MÉDICOS – CIRURGIA DE CISTO SINOVIAL DO PUNHO DIREITO – NEXO CAUSAL E NEGLIGÊNCIA NÃO VERIFICADOS.** Não obstante a responsabilização objetiva do hospital, não verificado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano moral, não há como prosperar o pleito indenizatório, inexistindo defeito no serviço prestado. Culpa dos médicos igualmente não configurada, havendo adotado os procedimentos técnicos indicados ao caso. Apelação desprovida. Unânime (TJ-RS – AC 70036581676 – Três de Maio – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary – j. 10.11.2010 – DJERS 18.11.2010).

**PROCESSO CIVIL E CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – FRAJURA DE MEMBRO SUPERIOR DIREITO – PROCEDIMENTO QUESTIONÁVEL.** Prova indicativa do nexo causal entre a conduta do médico e a existência dos danos não ilidida pelo réu. Responsabilidade civil configurada. Dever de indenizar caracterizado. Danos morais e estéticos devidos. Critérios para a fixação das indenizações. Razoabilidade e proporcionalidade. Danos materiais. Gastos com cirurgias reparadoras. Valores de tais atos cirúrgicos relegados para a liquidação de sentença. Pensão mensal vitalícia a partir da data da incapacidade para o trabalho exercido antes do acidente pelo rurícola. Valor. Falta de prova dos rendimentos. Fixação baseada no salário-mínimo. Recurso provido. Cabe ao réu o ônus da prova de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, sob pena de procedência dos pedidos exordiais (CPC, art. 333, II). O juiz fixará o valor da indenização por danos morais, de modo a representar, a um só tempo, de abrandamento da dor experimentada pela vítima e de orientação pedagógica, assim como de séria reprimenda dirigida ao ofensor, com a intenção de evitar sua recidiva. A presença de cicatrizes e deformidades resultantes de erro médico e de cirurgia necessária à recuperação da saúde da vítima dá causa à indenização por danos estéticos. O arbitramento de danos materiais, se necessário, pode ser relegado para a fase de liquidação de sentença. Devida a pensão mensal pedida, mas ausente prova dos rendimentos da vítima, a fixação dela há de fazer-se pelo valor do salário-mínimo vigente (TJ-SC – AC 2009.048145-8 – Ca-

pinzal – Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben – j. 06.09.2010 – DJSC 15.09.2010 – p. 179 – CPC, art. 333).

**DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL – REQUISITOS – AFERIÇÃO MEDIANTE CULPA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – CIRURGIA CESARIANA – ÓRGÃOS INTERNOS – ADERÊNCIA ESPONTÂNEA PÓS-CIRÚRGICA – INTERCORRÊNCIA IMPREVISÍVEL E INEVITÁVEL – CASO FORTUITO CONFIGURADO – EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR.** O médico assume responsabilidade de meio, e não de resultado, obrigando-se a um agir profissional normal, segundo as técnicas usuais de tratamento disponíveis na medicina e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, haverá cumprido com sua obrigação e o objetivo terá sido alcançado, não podendo responder pela não consecução da cura do paciente, salvo hipóteses de cirurgia estética não reparadora, onde o resultado pretendido integra a obrigação assumida perante o cliente/paciente. Sob a égide do Código Civil de 1916, pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do artigo 1.521, inciso III, acrescentando que o nosocômio não responderá quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento de seus pacientes. Mesmo quando se trata de responsabilidade de seu preposto, não responde o hospital objetivamente, ainda após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, sendo preciso comprovar culpa daquele para somente depois se ter por presumida a culpa do hospital. Sendo imprevisível e não havendo possibilidade de impedir a complicação cirúrgica, o que vem a ser o caso da aderência espontânea de vísceras abdominais após cirurgia cesariana, a intercorrência que porventura tenha vitimado a paciente amolda-se ao caso fortuito (ou força maior, conforme o enfoque doutrinário) que exclui (em) a responsabilidade civil. Negaram provimento ao recurso (TJ-MG – APCV 0007488-38.2003.8.13.0236 – Elói Mendes; Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza – j. 15.09.2010 – DJEMG 22.10.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – INOCORRÊNCIA – NEXO DE CAUSALIDADE INEXISTENTE – DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. I** – Sendo o hospital vinculado ao poder público através do Ministério da Saúde, a quem compete dirigir o SUS em âmbito federal (art. 9º da Lei nº 8.080/90), é de se reconhecer, em tese, a responsabilidade solidária da União Federal. **II** – Embora objetiva, a teor do art. 37, § 6º da constituição, a responsabilidade civil do estado não dispensa o nexo de causalidade entre o agir estatal e o prejuízo do particular. **III** – Recursos conhecidos e improvidos (TRF 2ª R. – AC 1992.51.01.047816-3 – 5ª T. Esp. – Rel. Juiz Fed. Conv. Mauro Luis Rocha Lopes – DJU 11.10.2007 – p. 445).

**INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – VARIZES – CIRURGIA – RECIDIVA – NEXO CAUSAL – INEXISTÊNCIA – RESPONSABILIDADE AFASTADA.** Uma vez que o procedimento cirúrgico foi adequado, inexistente falar em erro médico, mormente se demonstrado cabalmente se a recidiva das varizes não possuíram nexo causal com o tratamento ministrado e recebido pelo paciente (TJMG; AC 1.0024.01.115402-8/0011-BH – 11ª Câmara Cível – Rel. Des. Fernando Caldeira Brant – j. 29.08.2007 – DJEMG 15.09.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – TRATAMENTO DE TUBERCULOSE – LAUDO PERICIAL COMPROVA QUE NÃO HOUVE ERRO MÉDICO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ÓBITO DA PACIENTE E OS MEDICAMENTOS PRESCRITOS PARA A DOENÇA.** A sentença julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que o laudo médico foi conclusivo no sentido da ausência de nexo de causalidade entre o óbito da paciente e os medicamentos prescritos para a tuberculose, ressaltando que a conduta médica foi adequada para o tratamento da doença, bem como para a agudização de sua doença hipertensiva quando a encaminhou para o tratamento hospitalar. Na hipótese dos autos, a médica tinha a obrigação de meio, ou seja, busca através de sua habilidade, técnica, prudência e diligência atingir um resultado, sem, entretanto, comprometer-se a obtê-lo, cabendo aos lesados provarem sua conduta ilícita, o que não conseguiram. Manutenção da sentença. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJRJ – AC 2007.001.04345 – Décima Nona Câmara Cível – Rel. Des. Ferdinando do Nascimento – j. 20.03.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL – MORTE DO FETO – PROVA – NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO.** Tratando-se de responsabilidade objetiva, indispensável para que se reconheça o alegado dever de indenizar a demonstração cabal e inequívoca da relação de causalidade entre o evento morte e a conduta adotada pelo hospital requerido. Hipótese em que não restou caracterizada a responsabilidade do nosocômio demandado pelo nascimento sem vida do feto, posto não haver comprovação de ter sido inadequado o atendimento prestado à gestante. Apelo improvido (TJRS – AC 70013373394; Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. 26.01.2006).

**DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – PERÍCIA MÉDICA – SEQUELAS MANIFESTAS PELA AUTORA DECORRENTES DO ESTADO DE SAÚDE DA SUA GENITORA – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DA EQUIPE E A LESÃO SOFRIDA.** Ação indenizatória, objetivando responsabilizar a administração pela sequelas manifestadas pela autor devido à negligência médica. A matéria objeto da demanda requer o conhecimento técnico em medicina. Laudo pericial apontando como causa da paralisia cerebral da autora a patologia apresentada pela sua genitora. Excluído o nexo causal entre a conduta médica e a lesão sofrida não há como responsabilizar-se o estado pelas consequência sofridas pela autora. Recursos não providos (TRF 2ª R. – AC 1996.51.01.010868-7 – (315436) – 5ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo – DJU 05.12.2006 – p. 249).

**DIREITO CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – ERRO MÉDICO – DIAGNÓSTICO DE DEGENERÇÃO AXONAL NO PÓS OPERATÓRIO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AFASTADA.** 1) Não havendo comprovação do nexo causal existente entre a intervenção cirúrgica a que se submeteu a autora e o suposto dano produzido (lesão em seu nervo frênico), não há como condenar a ré a prestar a indenização pleiteada. 2) acresce que o laudo médico encaminhado pelo serviço de cirurgia vascular à direção geral do h. U. C. F. F. não confirma o diagnóstico de lesão do nervo frênico da autora, além de concluir que “se fosse uma lesão provocada pela cirurgia da costela cervical realizada em 04/06/92 o sintoma teria sido imediato”. 3) apelação im-

provida (TRF 2ª R. – AC 2002.02.01.021228-4 – (288292) – 5ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto – DJU 06.12.2005 – p. 194).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO.** Alegada imperícia, imprudência e negligência em atendimento emergencial por preposto da empresa prestadora de serviços de saúde. Paciente corretamente medicado em sua casa que, após complicação do seu estado, foi levado a hospital onde, a despeito dos cuidados dispensados, entrou em óbito 23 horas após. Quadro de alcoolismo crônico e problemas cardíacos. Ausência de nexo causal entre o evento danoso e a conduta do médico. Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP – APL 177.932-4/5-00-São Paulo – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Oldemar Azevedo – j. 14.09.2005).

**ERRO MÉDICO – REAÇÃO ALÉRGICA A MEDICAMENTOS – NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO.** Querendo que a Apelante que se reconheça que foi vítima de um erro médico, sendo levada a ingerir medicamentos que teriam provocado uma reação alérgica que a levou a danos irreparáveis em sua visão, para que seu pleito pudesse merecer abrigo, era indispensável que a prova pericial atestasse os tais danos sofridos. E a perícia médica que foi produzida nos autos, foi bem clara ao constatar um quadro de normalidade visual e a ausência das lesões alegadas pela Apelante. Em decorrência disso, não havendo prova de qualquer dano ou lesão na visão da Apelante, não há como se modificar a decisão que assim também entendeu, indeferindo os pedidos da Apelante. Ora, assim não há que se falar em dano, já que o mesmo não restou provado, e nem em sua reparação, já que só se repara o dano havido, e não o imaginado (TJMG – Ac. unân. da 8ª Câm. Cív. – Ap. 256.229-6/00 – Rel. Des. Sergio Braga – j. 26.2.2003 – COAD – v. 2, p. 116).

**INFECÇÃO HOSPITALAR – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL.** Indenização. Danos decorrentes de infecção hospitalar, causada por cepas virilentas de pseudomonas aeruginosas, após cirurgia de safenectomia dos membros inferiores. Inocorrência de contaminação ambiental, mas decorrente de condições predisponentes da parte Autora, comprovadas por perícia. Inexistência de culpa por falta de relação de causa e efeito entre a conduta dos Réus e o resultado lesivo. Improcedência dos pedidos condenatórios. Apelação desprovida (TJPR – Ac. unân. da 2ª Câm. Cív. – Ap. 27.241-5 – Rel. Des. Sydney Zappa – j. 4.05.2003 – COAD – v. 2, p. 126).

**INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – ERRO MÉDICO – NÃO CONFIGURADO – CULPA NÃO DEMONSTRADA – CASO FORTUITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA.** 1. Não há que se falar em erro médico quando a prova pericial produzida nos autos demonstra que os danos causados à autora não foram decorrentes de ato culposo praticado pelos réus, mas de uma anomalia da própria paciente. 2. Configurado o caso fortuito, correta a r. Sentença singular que entendeu inexistir, na espécie, o dever de indenizar. 3. Tendo os honorários advocatícios sido fixados em patamar incompatível com a realidade do caso concreto, sua minoração é medida que se impõe. 4. Deu-se parcial provimento ao recurso (TJDFT – APC 20030310046933 – 2ª T. Cív. – Rel. Des. J.j. Costa Carvalho – DJU 24.11.2005 – p. 79).

**HOSPITAL – MORTE DE PACIENTE INTERNADO QUANDO FOI VÍTIMA DE ATAQUE COM ARMA DE FOGO POR ESTRANHOS.** A agressão a tiros que vitimou o paciente,

pela excepcionalidade do evento, totalmente estranho ao cotidiano de um hospital interiorano, foi praticado por agentes alheios à falha de nosocômio, porém desafetos daquele. O fato não decorreu de falha do serviço próprio de um hospital geral, ultrapassando os limites de qualquer previsibilidade. Daí não se poder imputar insuficiência ou incúria da segurança ou da vigilância ordinária de tal tipo de estabelecimento, tanto mais que, nas circunstâncias noticiadas e pelos antecedentes da vítima, se houvesse prévio alerta, o caso seria de segurança policial. Ora, como ressaí dos testemunhos ouvidos, os agressores teriam entrado no prédio em circunstâncias normais, como acontece com todos os visitantes, dos quais são pedidas as informações de praxe. Não havia motivos aparentes para suspeita ou até para cuidados especiais ao paciente que não fossem os ordinários para quem se encontrava em tratamento comum. Não foi em decorrência deste que aconteceu a morte do paciente. Nem se poderia exigir do nosocômio a adoção de providências de segurança e vigilância inadequadas a tal tipo de estabelecimento como pretendeu a Apelante. Raiaria ao absurdo que o hospital devesse se equipar de detetores de metais para revista dos visitantes ou que se pesquisasse, previamente, sobre sua vida pregressa ou, pior, sobre eventual objetivo ilícito na visita. Tal fosse a norma de conduta exigida em lei para os hospitais comuns, seria de conceder-se procedência à imputação de responsabilidade por culpa. Mas de responsabilidade objetiva também não há falar no caso, tal o inusitado contorno do brutal ataque. Por mais eficiente que fosse, o serviço de vigilância não teria sido evitado. O dever de zelar pela incolumidade física dos pacientes por parte dos hospitais não pode chegar a tanto. Daí que não pode ser invocado o CDC, como pleiteia a Apelante. Também como a douta sentença não vejo liame entre a apontada ação omissiva do Apelado e o evento que abateu seu paciente, ocasionado por ato de terceiros (TJRS – Ac. unân. da 5ª Câ. Cív. – Ap. 598.391.480 – Rel. Des. Sergio Pilla – j. 25.02.1999 – COAD – v. 3 – p. 110).

**CIRURGIA DE LAQUEADURA DE TROMPAS – FALHAS DO MÉTODO.** Inexiste nexos causal entre a conduta e o resultado indesejado, se a paciente não seguiu as instruções médicas após a cirurgia de laqueadura de trompas, vindo a engravidar. Plena ciência da possibilidade de falhas do método anticonceptivo (TJRS – Ac. unân. da 5ª Câ. Cív. – Ap. 70.002.020.766 – Rel. Des. Carlos Alberto Bencke – j. 16.08.2001 – COAD – v. 3 – p. 98).

# Natureza Contratual dos Serviços Médicos

---

## 1 Teoria geral das obrigações

Ao referirmos à palavra *obrigação*, como forma de definir o instituto, somos levados a rememorar que o homem em sociedade vive cercado de deveres e imposições, decorrentes de sua vida social, política ou de relações, algumas até sem eficácia jurídica, tais como os deveres morais, religiosos ou de etiqueta; outras penetrando na órbita do direito criam relações jurídicas que devem ser respeitadas e cumpridas pelas partes.

Na sociedade moderna há, por assim dizer, uma necessidade imperiosa de regular a existência das relações entre as pessoas. Nesse sentido, algumas relações obrigacionais surgirão decorrentes diretamente da própria lei, obrigando o indivíduo a se conduzir dentro dos limites traçados na ordem jurídica; outras, como decorrência das convenções livremente pactuadas, para atender aos interesses recíprocos, de receber e dar prestações.<sup>1</sup>

Assim, a primeira ideia de obrigação tem a ver com um “dever jurídico”, significando dizer que a “todo direito corresponde uma obrigação”.<sup>2</sup>

Nos primórdios da civilização, o cumprimento da obrigação recaía sobre a própria pessoa do devedor, que respondia com seu próprio corpo pelo adimplemento. No Direito Romano, a evolução do instituto teve seu início por volta do século IV a.C., com a edição da Lei *Petélia Papíria*, que passou a não mais admitir fosse a execução realizada sobre a pessoa do devedor, devendo se processar sobre os seus bens.

---

<sup>1</sup> Serpa Lopes. *Curso direito civil*, v. II, p. 6.

<sup>2</sup> Orosimbo Nonato. *Curso de obrigações*, p. 58.

Consoante essa nova orientação, extraímos das *Institutas Romanas* o conceito formulado pelos jurisconsultos de Justiniano, de seguinte teor: “*obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade*”. O jurisconsulto Paulo foi mais incisivo afirmando que “*consiste a substância da obrigação não em sujeitar a própria pessoa do devedor ou fazê-lo servo do credor; mas em constrangê-lo a uma prestação abrangente de um dar ou de um fazer*”.<sup>3</sup>

Se tomarmos como base a definição Romana de obrigações e cotejarmos com as definições apresentadas por Planiol, Saleilles, Demogue e Ripert, somente para citar alguns doutos, iremos verificar que o direito das obrigações é o ramo do Direito Civil que menos mutações sofreu com o passar do tempo, sendo quase que imutável, universal, tendo em vista que as situações dele decorrentes são, praticamente, as mesma em todo o mundo.<sup>4</sup>

Essa ideia de universalidade e de autonomia que cerca o direito das obrigações fez surgir a necessidade de unificação do Direito Civil e do Comercial que foi promovida em diversos países. No Brasil, fizeram escola o Anteprojeto de Código de Obrigações elaborado em 1941 por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, que não chegou a ser votado. Da mesma forma, o Anteprojeto elaborado pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em 1965.

Dessa forma se pode verificar que a importância do direito das obrigações se concentra em duas vertentes: no caráter de generalidade das obrigações e no imenso número de relações jurídicas que se pode estabelecer entre as pessoas.

Nesse passo, podemos definir *obrigação* como sendo o vínculo jurídico transitório (extingue-se normalmente com o cumprimento da obrigação), mediante o qual o devedor (sujeito passivo) se obriga a dar, fazer ou não fazer determinada coisa (prestação), em favor de um credor (sujeito ativo), sob pena de responder com o seu patrimônio pelo adimplemento (pelo equivalente em dinheiro), inclusive as eventuais perdas e danos.<sup>5</sup>

A partir dessa definição podemos verificar que os elementos constitutivos das obrigações são os seguintes:

- a) Elemento subjetivo, que são as partes na relação obrigacional, ou seja, credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo).
- b) Elemento objetivo, que é a obrigação propriamente dita, isto é, a prestação a ser cumprida consubstanciada em dar, fazer ou não fazer alguma coisa.
- c) Vínculo jurídico, enquanto o liame que une os sujeitos ativo e passivo participantes da relação, possibilitando ao credor exigir do devedor,

<sup>3</sup> *Institutas*, Livro III, tít. 14 e *Digesto*, Livro 44, tít. 7, fr. 3.

<sup>4</sup> Álvaro Villaça de Azevedo. *Teoria geral das obrigações*, p. 24-25.

<sup>5</sup> Luiz Antonio Scavone Junior. *Obrigações*, p. 4.

até coercitivamente através do Estado-Juiz, o seu perfeito cumprimento, como decorrência do estipulado em lei ou no contrato.

Já no tocante às fontes das obrigações, enquanto atos ou fatos da vida em sociedade, podemos afirmar que a lei é a principal, senão única, já que qualquer obrigação para ser válida deverá também ser lícita. Rememore-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II).

Apesar disso e apenas para efeitos didáticos, podemos classificar as fontes das obrigações, conforme fez Silvio Rodrigues,<sup>6</sup> em três grupos distintos:

- a) Obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana, expressada através do contrato ou da declaração unilateral da vontade.
- b) Obrigações que têm por fonte imediata a prática do ato ilícito, que se constituem mediante ação ou omissão culposa ou dolosa do agente e que tenha causado dano a terceiro.<sup>7</sup>
- c) Obrigações que têm por fonte direta a própria Lei, como, por exemplo, a prestação de alimentos.

## 2 A natureza jurídica da prestação do serviço médico

Muito já se discutiu se a prestação dos serviços médica seria contratual ou extracontratual. Atualmente, esta questão está superada, pois não há mais dúvida quanto à questão: a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um tipo de contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios.<sup>8</sup>

Contudo, Aguiar Dias faz uma oportuna ressalva, destacando que o objeto do contrato médico não é a cura, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Assim, o “*fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão*”.<sup>9</sup>

A discussão doutrinária acerca da responsabilidade extracontratual dos serviços médicos em muito foi alimentado pelo fato de o Código Civil (tanto o anti-

<sup>6</sup> *Direito Civil*, v. 2, p. 10.

<sup>7</sup> Atente-se para o fato de que o abuso de direito equivale ao ato ilícito (ver CC, art. 187).

<sup>8</sup> Cf. Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, p. 272 ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

go, quanto o atual) ter regulado a responsabilidade médica no capítulo que trata da responsabilidade civil por ato ilícito (art. 1.545 do CC 1916 e art. 951 do CC 2002), contudo isso não altera a relação estabelecida entre o médico e seu paciente, porquanto, mas das vezes, haverá de fato um contrato seja tácito, verbal ou mesmo escrito.

O contrato de serviços médico é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva, isto é, o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar pelas mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal. A relação pode ser estabelecida a partir da consulta marcada com a secretária do médico ou a partir da chamada do médico por ato do próprio paciente ou de alguém em nome dele, dentre outras formas.<sup>10</sup>

Ademais, nesse tipo de contrato o objetivo a ser alcançado, isto é, a cura, não depende somente do profissional médico, mas também do paciente com a sua colaboração direta ou indireta. Quer dizer, não basta o médico ser competente e dedicado, pois o sucesso da empreitada dependerá em muito do próprio organismo do paciente, das informações por ele prestada, da correta aceitação do que foi prescrito etc. Assim, o adimplemento do contrato não é a cura, mas a dedicação, zelo e esforço do profissional. Provando que assim agiu, isto é, que aplicou toda sua técnica e conhecimento para que o paciente atingisse a cura, o médico terá cumprido sua parte no contrato e não se poderá falar em inadimplemento se o paciente não se curou, pois a obrigação terá sido de meio e não de resultado.

É dessa relação pessoal entre médico e paciente que exsurge o caráter *intuitu personae* desse tipo de contrato. Também por isso sua bilateralidade, tendo em vista que o contrato impõe obrigações recíprocas. Além disso, é quase sempre um contrato oneroso, de trato sucessivo e comutativo.<sup>11</sup>

Assim, o contrato médico apresenta-se, dentro do quadro geral das obrigações negociais, como um típico contrato de prestação de serviços, que não é regido pela legislação do trabalho, porque versa sobre atividade de profissional liberal. As prestações devidas pelas partes são: da parte do médico, de prestar o melhor serviço correspondente à sua formação técnica; e, da parte do cliente, o pagamento dos honorários correspondentes ao serviço prestado e cumprir com as determinações médicas, independentemente dos resultados que serão obtidos.<sup>12</sup>

Cabe destacar que tratando-se de contrato realizado com entidade hospitalar haverá, regra geral, um contrato de prestação de serviços de natureza complexa, tendo em vista que nele estará inserida a prestação dos serviços médicos,

<sup>10</sup> Fabrício Zamprogna Matielo. *Responsabilidade civil do médico*, p. 45-46.

<sup>11</sup> Sílvio de Salvo Venosa. *Responsabilidade civil*, p. 127.

<sup>12</sup> Cf. Humberto Theodoro Junior. Responsabilidade civil por erro médico in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*.

sem aquele caráter personalíssimo, pois o paciente poderá ser atendido por qualquer dos médicos que estejam de plantão, bem como pelos diversos especialistas que se façam necessários no curso do tratamento/atendimento.

Essa impessoalidade na contratação dos serviços médicos através de entidades hospitalares é mais uma das razões pelas quais defendemos a aplicação da responsabilidade objetiva nas ações de indenização por erro médico, no que diz respeito às casas de saúde, hospitais e clínicas em geral. Não é por outra razão que Sílvio de Salvo Venosa<sup>13</sup> observa com lucidez: No caso de atendimento hospitalar poderão estar envolvidos diversos profissionais, e, no caso de dano provocado à saúde, e, se o paciente houvesse que identificar e individualizar a culpa de um determinado profissional, estaria inviabilizada inexoravelmente qualquer possibilidade de reparação dos prejuízos.

### 3 Obrigação de meio e obrigação de resultado

Questão que suscita acalorados debates é a que diz respeito à inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos decorrentes da atividade dos profissionais liberais. Nesta seara assume grande importância a discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida pelo profissional liberal.

Obrigação de meio é aquela em que o profissional (fornecedor) se obriga a empregar seus conhecimentos e técnicas disponíveis visando um determinado resultado em favor de seu contratante (consumidor), sem, contudo, responsabilizar-se pelo êxito da empreitada. Nestas circunstâncias e não sendo atingido o objetivo final do contrato, o lesado somente logrará obter indenização se provar, e esse é seu ônus, que os resultados somente não foram atingidos porque o profissional não agiu com a diligência e os cuidados exigidos para a realização do contratado.

Em contrapartida, a obrigação de resultado será aquela em que o profissional venha a assumir, contratualmente, que determinada finalidade será alcançada, comprometendo-se assim, com os resultados finais da empreitada. Neste caso, em não sendo alcançado o resultado, bastará ao credor demonstrar que o objetivo colimado não foi atingido, para fazer surgir a obrigação de indenizar por parte do prestador de serviços. Trata-se de presunção de culpa, o que significa dizer que o consumidor se libera do ônus probatório transferindo este ônus para o profissional que deverá demonstrar, de maneira cabal, que agiu com prudência, diligência ou perícia desejada ou ainda, provar a ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Importante fazer esta distinção porque, se a obrigação assumida pelo profissional for de meio, competirá ao consumidor prejudicado o ônus de demonstrar

---

<sup>13</sup> Op. cit. p. 129.

a culpa. Se a obrigação assumida foi de resultado, o ônus da prova quanto ao não atingimento da meta pactuada caberá ao profissional, até porque regra geral da responsabilidade contratual.

Embora não seja na área médica, mas que serve para bem exemplificar, uma típica obrigação de resultado é aquela assumida pelo transportador cujo contrato prevê a obrigação de fazer o transporte de coisas (ou mesmo de pessoas) de um lugar para outro, de forma segura e nas condições estabelecidas. O só simples fato de não fazer as coisas chegarem ao seu destino na data aprazada já faz considerar que houve o inadimplemento contratual, que autoriza indenizar. Assim, o extravio ou o perecimento da coisa obrigará o transportador a indenizar.

Já no tocante à obrigação de meio, o mesmo não ocorre, porque nessa o profissional contratado se obriga a envidar todos os esforços e aplicar todos os seus conhecimentos técnicos para atingir o resultado desejado pela parte. Ou seja, seu compromisso é o de aplicar toda sua experiência e diligência para atingir o fim colimado, não podendo ser responsabilizado pelo eventual não atingimento daquele objetivo. Exemplo típico é o contrato de prestação de serviços advocatícios, em que o advogado se compromete a envidar todos os seus esforços para que a ação de seu cliente seja vitoriosa, porém não poderá jamais se responsabilizar com o resultado final porque este irá depender de inúmeros fatores, internos e externos, muitos deles alheios à sua própria vontade e competência. Assim, cumprir uma obrigação de meio não é, necessariamente, atingir o êxito, mas sim aplicar toda a dedicação e empenho possível que se possa esperar do melhor profissional.

## 4 Obrigação de segurança

Como já frisamos, a obrigação assumida pelo profissional liberal é de meio, porém cabe fazer uma advertência, de que há também implícito para esses profissionais, uma obrigação de segurança imposta pelo Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito aos serviços prestados, tendo em vista que os mesmos não poderão oferecer riscos a não ser aqueles previsíveis ou os que decorram de sua própria natureza, e mesmo nessas circunstâncias o paciente deverá ser adequadamente informado (Lei nº 8.078/90, arts. 8º, 9º e 10).

Obrigação de segurança, nas palavras do mestre Roberto Senise Lisboa,<sup>14</sup> é aquela que impõe ao fornecedor o dever de alcançar o resultado objetivado pelo consumidor, sem que ele venha a sofrer qualquer ofensa à sua vida ou à sua integridade física ou psíquica. Em regra, a obrigação de segurança advém de uma relação contratual, mas nada impede que ela exista pelo simples fato do exercício da atividade profissional. Por essa obrigação, o prestador de serviços tem o dever de

<sup>14</sup> *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 256-257.

adotar todas as medidas possíveis e necessárias para que o consumidor não sofra, no curso da relação estabelecida, nenhum tipo de dano, especialmente o moral.

Este dever de segurança que foi incorporado ao nosso Código consumerista veio na esteira da lógica que preconizava Alvin Lima em sua obra de meados do século passado. Afirmava o mestre em sua clássica obra que *“vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa e que exige desenvolvimento da ação humana; as relações obrigatórias são funções das relações econômicas e sociais e quanto mais estas se intensificam mais aquelas se desenvolvem”*. E arremata, *“o conceito é do notável Jossierand, referindo-se à obrigação de segurança que tácita ou expressamente deve existir nos contratos, mas que se aplica às relações extracontratuais. Se a autonomia da vontade não pode deixar de sofrer restrições no domínio do próprio contrato, para assegurar o direito das partes, com mais força de razão a vontade deve ceder terreno aos princípios que impõem a segurança jurídica nas relações extracontratuais”*.<sup>15</sup>

Por esse dever de segurança, significa dizer que o médico, enquanto profissional liberal, não poderá utilizar métodos na prestação de serviços que possam, de alguma forma, acarretar risco à saúde ou à segurança dos seus pacientes, a menos que estes riscos sejam considerados normais ou previsíveis pela sua própria natureza, quando então estas informações deverão ser prestadas com o fim de obter o consentimento informado do paciente.

Nesse sentido importante trazer a lume as palavras do professor Antonio Junqueira de Azevedo: *“Em matéria de danos à pessoa, a regra hoje é a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, é atualmente a exceção. A responsabilidade objetiva, na obrigação de segurança, surge diretamente da Constituição (não é da lei ou da jurisprudência); somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa, por exemplo, na responsabilidade médica – na qual, assim mesmo, há a inversão do ônus da prova, porque a prova deve ser feita por quem tenha melhores condições para fazer.”*<sup>16</sup> O ilustre mestre procurou destacar o previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, extraindo do direito à segurança ali previsto uma obrigação de segurança, pela qual haverá sempre a responsabilidade objetiva em face de quem venha a causar dano à integridade física e psíquica de outrem, em qualquer que seja a situação. Assevera-se, assim, que a obrigação de segurança teria total e plena autonomia, existindo tanto nas obrigações contratuais quanto extracontratuais, pouco importando se oneroso ou gratuito.

No mesmo sentido, preleciona Claudia Lima Marques que, no século XX, a jurisprudência desenvolveu uma noção de obrigação de segurança exatamente com a finalidade de melhor proteger a vulnerabilidade da pessoa humana frente às técnicas que podem causar dano à integridade física ou psíquica. Tratar-se-ia, assim, de um dever de boa-fé, de cuidado com a vida e a segurança do consu-

<sup>15</sup> *Culpa e risco*, p. 344-345.

<sup>16</sup> Caracterização jurídica da dignidade humana, *RT 797/22*, v. 1, p. 21).

midor, enquanto adquirente ou mesmo utente de produtos ou serviços em nossa sociedade hipercomplexa, nos moldes do previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.<sup>17</sup>

## 5 Obrigação de meio na atividade médica em geral

Temos como regra geral que a atividade médica, assim como a atividade dos profissionais liberais, constitui-se em obrigação de meio, quer dizer, o profissional se obriga a empregar todos os meios técnicos ao seu alcance e agir com diligência, prudência e a perícia necessária na realização do contrato, sem se comprometer com o resultado a ser alcançado. Assim, o descumprimento daquilo que fora contratado há que ser provado mediante a demonstração cabal de que o profissional agiu com imprudência, negligência ou imperícia, ônus esse a cargo do consumidor (CDC, art. 14, § 4º).

Pela obrigação de meio o profissional se compromete em agir de maneira zelosa e tecnicamente correta, dentro dos parâmetros fornecidos pelo estágio atual da ciência, de tal sorte que não poderá ser responsabilizado pela piora do estado de saúde ou mesmo pelo óbito do paciente.

Nesse norte, e utilizando um exemplo extremado, o médico, quando firma contrato para tratar um paciente com câncer, não se compromete com a cura da doença, mas sim em aplicar toda a sua técnica e diligência na busca de soluções que minimizem ou mesmo curem a doença. Não obtida a cura, e mesmo ocorrendo a morte do paciente, o médico não poderá ser responsabilizado pelo evento danoso.

Assim, o médico somente será responsabilizado se ficar evidenciado que no mister de suas atribuições para com o paciente deixou de agir com o zelo e dedicação que seria esperado naquelas circunstâncias. O pressuposto da responsabilização se assenta na culpa, ou seja, em algum ato omissivo ou comissivo que importe em negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional. Somente a inobservância dos cuidados adequados da conduta médica é que pode ensejar a responsabilidade subjetiva do profissional, sendo ainda imprescindível para a sua caracterização a comprovação do ato, do dano e do correspondente nexo de causalidade.

Embora seja de meio a obrigação assumida pelo médico, nada impede que o próprio profissional faça a prova de que foi diligente, prudente e perito, que observou todas as regras técnicas da profissão e que se pautou de acordo com as recomendações ditadas pela experiência frente ao caso concreto lhe submetido à apreciação. Assim, se provar que agiu corretamente, não poderá sofrer nenhuma

<sup>17</sup> Quem plantou responde judicialmente pelo risco. *Jornal da URFES*, Porto Alegre/RS/Brasil, ano VI, nº 66, out. 2003.

espécie de reprimendas, civis ou penais, porque dele nada mais se poderá exigir, já que sua obrigação era exatamente de atuar em conformidade com a moléstia do paciente e promover a adequação do tratamento ao quadro clínico vislumbrado.<sup>18</sup>

## 6 Obrigação de resultado na cirurgia plástica

Com relação à cirurgia plástica de caráter meramente estético, isto é, embelezadora, predomina na doutrina e na jurisprudência pátria o entendimento amplamente majoritário (para não dizer unânime) no sentido de considerar como uma obrigação de resultado.

Já no tocante às cirurgias corretivas, aquelas realizadas para corrigir problemas congênitos ou deformidade decorrente de acidente, o cirurgião plástico atuará com a obrigação de aplicar toda a sua diligência e técnica disponível para eliminar ou corrigir o defeito, não podendo se comprometer com os resultados da empreitada, de tal sorte que sua obrigação será de meio.

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.

Assim, na cirurgia plástica embelezadora há um fim determinado, concreto, perfeitamente definido buscado pelo paciente e aceito pelo profissional. Daí, o médico estará atrelado ao resultado e não vindo a atingi-lo somente se exonerará de responsabilidade se provar, e este é seu encargo, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.<sup>19</sup>

Independentemente das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, não podemos deixar de lembrar que o magistrado pode, a todo e qualquer momento, em face de verossimilhança do caso e da hipossuficiência do consumidor, determinar a inversão do ônus da prova, conforme expressamente autorizado pela lei consumerista (Lei nº 8.078/90, art. 6º, VIII). Tal aspecto tem relevância para os casos em que a obrigação for de meio porquanto nas obrigações de resultado, conforme já asseverado, tal inversão é da lógica natural do contrato.

## 7 Jurisprudência

**DIREITO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO – CASO FORTUITO – ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1– O requisito do**

<sup>18</sup> Fabrício Zamprogna Matielo. *Responsabilidade civil do médico*, p. 54-55.

<sup>19</sup> Em complemento ver o Capítulo 8 desta obra.

prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2 – Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3 – No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4 – Recurso especial não conhecido (STJ – REsp 985.888 – (2007/0088776-1) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – *DJe* 13.03.2012 – p. 582).

**ADMINISTRATIVO – OMISSÃO INEXISTENTE – RESPONSABILIDADE CIVIL – OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO – ERRO MÉDICO – NEXO DE CAUSALIDADE – REEXAME DE PROVAS – SUMULA 07/STJ – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA DO STE** 1– O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 2 – O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – Responsabilidade subjetiva, portanto. 3 – O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora. 4 – Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ. 5 – Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna. 6 – Recurso especial conhecido em parte e não provido (STJ – REsp 1.184.932 – (2010/0043325-8) – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – *DJe* 16.02.2012 – p. 584).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** Presunção de culpa em caso de lesão ao paciente que implica dever do cirurgião de comprovar as razões da lesão. Dever do médico de informar ao paciente o risco específico da cirurgia. Dano moral. Indenização reduzida, considerados o dano e a natureza da lesão. Recurso parcialmente provido. Recurso adesivo da autora. Pedido de elevação da indenização por danos morais. Improcedência. Redução determinada no jul-

gamento do recurso principal. Recurso adesivo improvido (TJSP – Ap 994.02.020377-8 – Araçatuba – 8ª CDPriv. – Rel. Hamid Bdine – DJe 13.03.2012 – p. 1011).

**APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – VASECTOMIA – GRAVIDEZ POSTERIOR – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM – CDC – INCIDÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO – PROVA – ÔNUS (ART. 333, I, DO CPC) – OBRIGAÇÃO DE MEIO – CULPA NÃO COMPROVADA – DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.** Incidem os rigores do Código de Defesa do Consumidor às relações, tidas por contratuais, médico-paciente. A responsabilidade do profissional, todavia, é verificável mediante a identificação de culpa, exceção à regra da responsabilidade objetiva. – Se os elementos de convicção produzidos não revelam, mesmo considerando as dificuldades inerentes a essa produção, a imperícia/negligência dos réus, mas, ao revés, demonstram o natural retorno da fertilidade do autor, cientificamente possível em hipóteses do gênero, a manutenção da sentença de improcedência é um imperativo (TJSC – AC 2009.046039-9 – Rel. Des. Henry Petry Junior – DJe 27.09.2011).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ATENDIMENTO MÉDICO – ERRO MÉDICO – NÃO CONFIGURAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CONTRATO – OBRIGAÇÃO DE MEIOS – DESPROVIMENTO.** Se ausente a prova de conduta culposa dos médicos ao efetuar diagnóstico que veio a ser ilidido posteriormente, não há obrigação de reparar o dano alegado, seja por força do § 4º do art. 14 do CDC (no que respeita aos profissionais de saúde), seja por força da natureza do contrato de serviço médico, que, salvo exceções pontuais estabelece uma obrigação apenas de meios (TJRJ – AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007).

**AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ERRO MÉDICO – INOCORRÊNCIA – OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO – CULPA DO RÉU NÃO DEMONSTRADA – SEQUELAS RESULTANTES DO ACIDENTE – TRATAMENTO PRESTADO PELO MÉDICO DE FORMA ADEQUADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.** A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, sobrevivendo o dever de indenizar, somente se comprovada a culpa do profissional, o que não ocorreu no caso dos autos (TJPR – AC 0338396-8 – Maringá – 10ª C. Cív. – Rel. Des. Luiz Lopes – j. 09.11.2006).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO.** Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, objeto de agravo retido responsável a empresa pelos profissionais a ela credenciados, por caber-lhe a seleção – rejeição do agravo. Procedimento cirúrgico visando à restauração do seio e colocação de prótese. Cirurgia de natureza reparadora após outra que extirpara nódulo canceroso. Laudo pericial concluindo pelo acerto do procedimento cirúrgico reparatório. Obrigação de meio e não de resultado, inexistindo no caso caráter estético. Desobediência às recomendações médicas não contestadas pela autora. Responsabilidade civil de natureza subjetiva. Necessário não só a materialidade, o nexo causal, mas também a prova da ação ou omissão culposa ou dolosa do agente e o dano. Correta a decisão de improcedência. Prejudicada a denunciação da lide. Desprovimento do apelo e do agravo

retido (IRP) (TJRJ – AC 20760/2001 – (2001.001.20760) – 9ª C. Cív. – Rel. Des. Wany Couto – j. 04.12.2001).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – REQUISITOS COMPROVADOS – FIXAÇÃO DO VALOR DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS.** Os danos advindos de erro médico são apurados mediante responsabilidade subjetiva, embora a obrigação seja de resultado na hipótese de cirurgia plástica de cunho estético. O quantum indenizatório por dano moral não deve ser causa de enriquecimento ilícito nem ser tão diminuto em seu valor que perca o sentido de punição (TJMG – AC 1.0522.03.001829-8/0011-Porteirinha – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Valdez Leite Machado – j. 06.09.2007 – *DJEMG* 25.09.2007).

**INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANO MORAL CONFIGURADO.** Sendo a cirurgia plástica uma obrigação de resultado, deve o médico operador zelar por garantir a obtenção do resultado prometido ao paciente, obrigando-se a indenizá-lo pelos danos sofridos, quando a intervenção der causa a cicatrizes anteriormente inexistentes. O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. Assim, restando comprovada a existência de cicatrizes decorrentes de cirurgia plástica procedida sem os cuidados necessários, patente o dever de indenizar (TJMG – AC 1.0024.04.339823-9/0021-Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j. 12.09.2007 – *DJEMG* 22.09.2007).

**CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO ORDINÁRIA EM QUE OBJETIVA A AUTORA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE TERIA SOFRIDO, EM VIRTUDE DE ALEGADO ERRO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMAS A QUE SE SUBMETEU PERANTE O RÉU – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA – A RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS, EM PRINCÍPIO, É BASEADA NA CULPA (ART. 14, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR), MAS, NOS CASOS DE CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** Conjunto probatório dos autos que permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela autora através da cirurgia plástica de mamas realizada pelo cirurgião-réu, o que lhe acarretou, inclusive, cicatrizes irregulares e assimetria mamária, consoante apontado pela prova técnica. Serviço mal prestado. Obrigação de indenizar caracterizada. Danos materiais demonstrados. Dano moral e estético igualmente configurados. Quantificações dotadas de proporcionalidade e razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, a não merecer modificação. Os juros moratórios devem incidir a partir da citação, por versar a hipótese ilícito contratual. Sentença mantida. Desprovimento dos recursos (TJRJ – AC 2007.001.08531 – Décima Sétima Câmara Cível – Relª Desª Maria Ines da Penha Gaspar – j. 21.03.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DEVER ÉTICO DE INFORMAÇÃO SOBRE POSSÍVEIS RISCOS – QUANTUM DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO COM RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA.** Tratando-se de procedimento cirúrgico de ordem estética a obrigação é de re-

sultado. Simples conversa genérica no consultório médico é insuficiente no cumprimento do dever ético de informação acerca de possíveis riscos de uma cirurgia plástica em pessoa fumante. Caracterizada a ocorrência de danos morais em virtude do dano estético, adequado apresenta-se o valor da indenização fixado em consonância com o princípio da razoabilidade (TJDFT – AC 20010110791219 – (250584) – Rel. Des. João Mariosa – DJU 15.08.2006, p. 84).

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA PLÁSTICA DE EMBELEZAMENTO E CORRETIVA DO SEPTO NASAL – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO DO CIRURGIÃO PLÁSTICO – ATO CIRÚRGICO REPUTADO CONJUNTIVO PARA EFEITOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL – CULPA *IN ELIGENDO* DO MÉDICO QUE INDICA COLEGA OTORRINOLARINGOLOGISTA À PACIENTE QUE VISAVA PREPONDERANTEMENTE À ALTERAÇÃO ESTÉTICA DE SEU ROSTO E QUE, A PARTIR DE FATO PREVISÍVEL (HEMORRAGIA), FRUSTOU O RESULTADO CONTRATADO.** A relação jurídica travada entre o cirurgião plástico e a paciente que visa preponderantemente ao embelezamento de sua face (nariz) envolve obrigação de resultado, porquanto atividade médica que extrai da vaidade humana substancial fonte de renda e que, portanto, se submete, com mais rigor, por imperativo lógico-jurídico, às normas protetivas do consumidor. Age com culpa *in eligendo* o cirurgião plástico que indica à paciente colega, com quem frequentemente realiza atos cirúrgicos conjuntos, para a realização de intervenção cirúrgica corretiva de septo nasal na mesma ocasião em que é realizada a cirurgia plástica estética. Embora atos cirúrgicos distintos na técnica médica, o móvel volitivo-base que cimentou o contrato, qual seja, a intenção de embelezamento da paciente, torna a relação jurídica uma unidade indissociável para efeitos de responsabilidade civil. Hipótese em que o ato de tamponamento para o estancamento de previsível hemorragia realizado pelo otorrinolaringologista desconsertou o trabalho do cirurgião plástico, deixando evidentes deformidades visuais e funcionais no nariz da autora. Quantum indenizatório fixado com base no artigo 1.553 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Apelo provido (TJRS – AC 70005956032 – Passo Fundo – 6ª C. Cív. – Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior – j. 29.12.2004).

# O Princípio da Dignidade Humana e sua Proteção Jurídica

---

## 1 O princípio da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida,<sup>1</sup> à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ao decoro, enfim, de todos os direitos da personalidade, de tal sorte que se pode afirmar que, pela sua importância, foi inserida na Constituição Federal como uma cláusula geral de proteção à pessoa humana (art. 1º, III).

Diz o Código de Ética Médica que o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente e que jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a dignidade e integridade da pessoa humana (art. 6º dos princípios fundamentais).

Para a exata compreensão do princípio da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, é preciso recordar que os avanços têm sido fruto da dor física e do sofrimento moral como resultados de surtos de violências, mutilações, torturas, massacres coletivos, enfim, situações aviltantes que fizeram nascer consciências e exigências de novas regras de respeito a uma vida digna para todos os seres humanos.<sup>2</sup>

Foi, claramente, a experiência nazista que gerou a consciência universal de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana, como uma conquista de valor ético-jurídico intangível.

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

<sup>2</sup> Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 37.

Assim, a dignidade humana é um valor máximo, supremo, de valor moral, ético e espiritual intangível, de tal sorte a afirmar que o mesmo é “dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: O Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito”.<sup>3</sup>

Por isso mesmo, Flávia Piovesan leciona com percuciência que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo, mormente o sistema constitucional interno de cada país.<sup>4</sup>

Importa destacar que a dignidade da pessoa humana, erigida como preceito fundamental pela Constituição de 1988, ou seja, o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, como conseqüência lógica, impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.<sup>5</sup>

Neste quadro, a dignidade humana funciona como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais, o que lhes possibilita coerência e unidade. Dá-lhes uma noção de sistema. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim entendida como valor axiológico, serve como uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais, que são especificações da dignidade da pessoa humana.

Segundo Kant, nas relações sociais existem dois valores importantes, que não se devem confundir: tudo tem um preço, ou uma dignidade. Quando a coisa tem preço, dela se pode dispor, bem como pode substituir pelo equivalente. Estando a coisa acima de todo e qualquer preço, não se encontrando nada que seja equivalente, estaremos diante da dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como mercadoria, nem pode ser objeto da realização de fins outros que não seja o próprio homem. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade.<sup>6</sup>

Esse princípio é tão importante que, com base nele, o magistrado pode determinar, por exemplo, o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, ou aquisição de medicamentos,

<sup>3</sup> Paulo Otero. *Legalidade e administração pública*, p. 254.

<sup>4</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 129.

<sup>5</sup> Nesse sentido, ver José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109, e Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Manual de filosofia do direito*, p. 361.

<sup>6</sup> Immanuel Kant. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

como meio de concretizar o direito à vida e à saúde, sendo-lhe permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.<sup>7</sup> Isso porque a saúde é um dever do Estado e uma garantia inderrogável do cidadão, sendo indisponível por se traduzir em pressuposto essencial à vida com dignidade. A omissão do poder público em prestar atendimento adequado à pessoa enferma constitui ofensa a direito líquido e certo que autoriza a concessão de tutela específica (CPC, art. 461) para atendimento desse tipo de necessidade.

É também em face desse elevado princípio, e em razão da função social do contrato, que o magistrado está autorizado a interpretar as relações negociais que envolvam a saúde, tendo sempre em conta a proteção do ser (enquanto pessoa com dignidade), pois o contrato não mais pode servir de instrumento de proteção ao individualismo, com função eminentemente econômica. Deve o contrato buscar o fomento de fins sociais relevantes, voltado para a justiça social e para a dignidade da pessoa humana, este último elemento tido como epicentro de todo nosso ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Nesse cenário, a conduta médica assume relevância e deverá ser pautada pelo mais completo respeito à dignidade de seus pacientes no que diz respeito aos seus direitos fundamentais que envolvem, além do direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o respeito à intimidade e à privacidade, bens componentes da dignidade humana.

Aliás, a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não está sujeita a debate, ela existe independentemente de qualquer norma positiva. A qualidade de digno é uma condição da essência e existência do ser humano e, simultaneamente, um condicionante para atuar na sociedade, e desse direito inato decorrem todos os direitos personalíssimos.<sup>9</sup>

## 2 Direitos da personalidade

Embora os direitos da personalidade, conquanto direitos subjetivos, tenham obtido seu reconhecimento mais recentemente, a história do homem prova que essa preocupação já existia desde a antiguidade. Registre-se, contudo, que foi somente depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), o documento culminante da Revolução Francesa de 1789, que a proteção a esses direitos ganhou *foruns* de universalidade.

<sup>7</sup> Nesse sentido, decisões do STJ (REsp 769.746; Proc. 2005/0124042-5; RS; Segunda Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; j. 04.09.2007; DJU 05.11.2007; p. 248) e (AgRg-Ag 638.711; Proc. 2004/0155058-0; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; j. 28.08.2007; DJU 12.09.2007; p. 181).

<sup>8</sup> TJ-ES; AI 24079001426; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Rômulo Taddei; j. 26.06.2007; DJES 09.07.2007; p. 24.

<sup>9</sup> Carlos A. Ghersi. *Derecho y reparación de daños*, p. 71-72.

Inspirada na Revolução Americana (1776) e nas ideias filosóficas do Iluminismo, a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou em 26 de agosto de 1789, e votou definitivamente, a 2 de outubro do mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Dessa forma, pela primeira vez foram proclamadas as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana, direcionados a toda a humanidade.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789.

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, sem cessar, dos seus direitos e dos seus deveres, faça-os lembrar, a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Por consequência, a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Artigo 2º O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Artigo 3º O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.

Artigo 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Artigo 6º A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Artigo 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

Artigo 8º A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Artigo 9º Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Artigo 10º Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.

Artigo 11º A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Artigo 12º A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Artigo 13º Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

Artigo 14º Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração.

Artigo 15º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Na proteção à dignidade humana, insere-se a personalidade que, no dizer de Ruggiero, não constitui um direito subjetivo, mas a fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos, constituindo-se, a bem da verdade, em causa primária de todos os outros demais direitos.<sup>11</sup> Identificando os bens jurídicos que ingressam no direito da personalidade, embora sejam de várias ordens, podem-se dividir em: (a) físicos, como a vida, o corpo e as partes do corpo, inclusos a imagem e o próprio cadáver; (b) psíquicos, tais como a higidez psíquica, a intimidade, os segredos (pessoais e profissionais); (c) morais, como o nome, a reputação, a dignidade pessoal, o sepulcro, dentre outros.<sup>12</sup>

Os direitos da personalidade ganharam dimensão especial na Constituição Federal de 1988 na medida em que o legislador constituinte procurou proteger a esfera psíquico-física da pessoa humana estabelecendo que é inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, *caput*), declarando, ainda mais, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X) e que contra qualquer lesão a esses direitos se assegura o direito de resposta além da eventual indenização por dano material e moral (art. 5º, inciso V). Daí por que os direitos à personalidade, enquanto atributos jurídicos inalienáveis da pessoa humana, estão devidamente protegidos pela Lei Maior.

A proteção aos direitos da personalidade está centrada na Constituição Federal, mas sua tutela não se esgota tão somente na Lei Maior, pois se encontra presente em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nos âmbitos civil, penal e administrativo. Além disso, o próprio Código de Ética Médica se insere entre os institutos protetivos da dignidade humana, ao impor ao profissional de medicina uma série de condutas que têm como último escopo o mais completo respeito aos direitos de seus pacientes.

Independentemente de se encontrarem garantidos constitucionalmente os direitos da personalidade são direitos inatos da pessoa humana, existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio ser humano. Dessa forma, são direitos que transcendem o ordenamento jurídico pátrio, cabendo ao Estado tão somente reconhecê-los, sancioná-los e protegê-los, dotando-os de proteção própria frente ao particular e ao próprio Estado.<sup>13</sup>

Quanto a nomenclatura a doutrina é pródiga de sorte que encontramos diversas denominações para os direitos da personalidade, tais como “direitos personalíssimos”, “direitos humanos”, “direitos privados da personalidade”,

---

Artigo 16º Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Artigo 17º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização. Acesso em 01/12/2012, disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>.

<sup>11</sup> Roberto de Ruggiero. *Instituições de direito civil*, v. I, p. 376.

<sup>12</sup> Carlos Alberto Bittar. *Direitos da personalidade*, p. 60.

<sup>13</sup> Ver Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, p. 7-8.

“direitos da personalidade” etc. Contudo, independentemente de qualquer nomenclatura, são direitos congênitos, inatos ou originários da pessoa humana, ligados ao respectivo titular, não podendo sofrer mudança de sujeito, por isso mesmo apresentam-se como absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.<sup>14</sup>

Essa proteção alcança as pessoas desde seu nascimento e se estende para após a morte, tendo em vista que a personalidade do indivíduo começa com seu nascimento com vida e termina com sua morte, real ou presumida. De toda sorte, os direitos inerentes à personalidade estão protegidos desde a concepção, através da proteção legal conferida pelo Código Civil aos direitos do nascituro (art. 2º), e se estende para além da morte em razão do respeito exigido aos mortos (art. 12, parágrafo único, e art. 20, parágrafo único).

De ressaltar que, pela importância do resguardo da dignidade humana é que o legislador fez consignar no art. 12 do Código Civil a possibilidade de atuação do judiciário, cautelarmente, que pode ser acionado por qualquer pessoa para “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O que o Estatuto Civil, no seu conjunto, procura proteger são aqueles bens inalienáveis do ser humano, os quais compõem sua dignidade, e que não podem ser desrespeitados, dentre eles a integridade física, moral e intelectual, nela compreendida a defesa da vida, da liberdade, inclusive de pensamento, assim como a liberdade política e religiosa, da intimidade, da honra, do nome, da imagem, enfim, de todos aqueles atributos que a Constituição Federal de 1988, classificou como um dentre os princípios fundamentais pelos quais o Estado Democrático brasileiro deveria se reger – a dignidade humana (art. 1º, III).

Os direitos da personalidade, como vimos, são aqueles que protegem a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos de afeição, a imagem, o nome, dentre outros, de tal sorte que sua proteção se impõe, porquanto sem eles *“a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”*.<sup>15</sup>

Os avanços tecnológicos da medicina, os controles laboratoriais e as mais sofisticadas técnicas de exames, diagnósticos e intervenções tornam o paciente um instrumento frágil e alvo de possíveis experiências, ficando submisso a todos os tipos de provas, fisiológicas, histológicas, genéticas e psicológicas, podendo, em muitos casos, a atividade médica constituir-se em graves ofensas à integridade psicofísica das pessoas, acarretando-lhes danos psíquicos ou físicos irreparáveis,

<sup>14</sup> Artur Oscar Oliveira Deda. *A reparação dos danos morais*, p. 37-40.

<sup>15</sup> Adriano de Cupis. *Os direitos da personalidade*, p. 24.

razão por que cabe ao Judiciário o controle dos limites dessa atividade, de tal sorte a tutelar adequadamente os direitos da personalidade.<sup>16</sup>

Nesse cenário há que se proteger a pessoa humana e seus direitos personais, não só no que diz respeito aos bens ligados ao seu aspecto físico (vida, saúde, integridade física etc.), como também no psíquico e no moral, condenando-se aquele que venha a interferir negativamente nestes valores que preenchem a existência do ser humano.

### 3 O direito de morrer com dignidade

O direito à vida é um direito fundamental do ser humano. Protege-se a vida mesmo quando o seu titular tenta tirá-la. Esse direito é garantido em todas as legislações do mundo moderno, como razão da existência do ser humano com capacidade de fruir de todos os demais direitos, podendo-se até afirmar que sem proteção do direito à vida não haveria sentido proteger os outros demais direitos.

O direito à vida insere-se entre os direitos fundamentais da pessoa humana. É um direito natural por excelência que o Direito Positivo deve reconhecer e proteger. Hoje é considerado um direito universal, estando positivado nas legislações constitucionais dos países, especialmente depois da proclamação dessa garantia no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 1948.

Na legislação de alguns países como o Brasil, essa proteção começa com o nascimento em vida e estende-se até a morte do indivíduo, embora a maioria das legislações já proteja a vida desde a sua concepção e projete para após a morte a proteção ao corpo e à honra do falecido.

Porém, o direito à vida não é absoluto, como de resto nenhum direito pode ser. Basta dizer que a legítima defesa excepciona essa proteção, pois em determinadas hipóteses a lei autoriza que alguém em defesa de sua própria vida possa tirar a vida de outra pessoa. Quer dizer, em qualquer sistema jurídico não existe direito absoluto, pois do confronto entre duas garantias legais, o intérprete terá que relativizar uma para fazer valer a outra frente ao caso concreto.

Nesse cenário, a morte é parte da vida. Como ensina Matilde Zavala de Gonzalez, *“la muerte propia y a la ajena son parte de la vida, en tanto la limitam, como en un camino que llega hasta determinando punto; y ese conocimiento sobre la inexorable mortalidad impregna de sentido los momentos vividos”*.<sup>17</sup>

Assim, se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, temos como corolário que o direito à vida digna não se resume ao nascer, ao manter-se vivo ou mesmo lutar pela continuação da vida,

<sup>16</sup> Elimar Szaniawski. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 292.

<sup>17</sup> *Daño moral por muerte*, p. 3.

pois tal direito vai muito além, devendo-se inclusive respeitar a dignidade do direito de morrer.<sup>18</sup>

### 3.1 O direito à morte digna como decorrência do princípio da dignidade humana

Nesse contexto e considerando que a morte é parte da vida, não se pode admitir a morte sem dignidade. Quer dizer, o ato de *“morrer constitui o ato final da biografia pessoal de cada ser humano e não pode ser separada daquela como algo distinto. Portanto o imperativo de uma vida digna alcança também a morte. Uma vida digna requer uma morte digna. O direito a uma vida humana digna não pode ser truncado com uma morte indigna. O ordenamento jurídico está por conseguinte chamado também a concretizar e proteger este ideal da morte digna”*.<sup>19</sup>

O debate acerca da “dignidade de vida”, associado mais modernamente à “qualidade de vida”, deixa de ser um tema meramente acadêmico para fazer parte do cotidiano das pessoas.

Como preleciona o mestre argentino Roberto Andorno, o ser humano se *“diferencia de los animales, sabe que ha de morir, es decir, cuenta con la muerte como un acontecimiento inexorable, que le llegará, tarde o temprano, y le coloca ante un misterio: su vida tiene un límite temporal que él no conoce por anticipado”*.<sup>20</sup>

Se a morte é parte inexorável da vida, e se as pessoas têm o direito de viver com dignidade sua própria morte, surge a necessidade de legislar sobre o morrer de forma digna. Nesse sentido cabe informar que diversos países têm positivado o direito à chamada “morte digna”.<sup>21</sup>

Por exemplar, cabe trazer à baila a recente alteração legislativa promovida pelo parlamento argentino na Lei nº 26.529/09 (Derecho del paciente em su relación con los profesionales e instituciones de la salud), reconhecendo o direito do paciente em *“aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, com o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. En el marco de esta facultad, agrega em substancia la nueva ley, el paciente que presente una enfermedad irreversible, inc-*

<sup>18</sup> Alessandra Gomes de Faria e Heidy de Avila Cabrera. Eutanásia: direito à morte digna in *Direitos do paciente*, p. 493.

<sup>19</sup> Cristian Fetter Mold. Apontamentos sobre a lei andaluza de direitos e garantias da dignidade da pessoa durante o processo de morte. IBDFAM, Belo Horizonte, 31 maio 2010, p. 1. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigo/detalhe/614>>. Acesso em: 13/3/13.

<sup>20</sup> *Bioética y dignidad de la persona*, p. 155.

<sup>21</sup> Além da recente lei aprovada na Argentina, outros países já adotavam a mesma medida, dentre eles: Holanda, Bélgica e Luxemburgo foram os primeiros países a decidir regulamentar a morte digna. Três estados dos EUA a permitem, assim como a Suíça. Na Colômbia, em 1997, a Corte Constitucional firmou entendimento quanto à possibilidade de não ser processado por homicídio, quando for misericordioso, na linha do que era defendido pelo jurista Jiménez de Asúa.

*jurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al cese o no inicio de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. Del mismo modo, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. La flamante ley incorpora un nuevo artículo (11 bis) a la citada ley 26.529, estableciendo que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.*<sup>22</sup>

Importante registrar que a aprovação da “Lei de Morte Digna” da Argentina foi inspirada no caso da menina Camila Herbón, de três anos, que morreu em 07.06.12 após o respirador que a mantinha com vida ter sido desligado. A menina nasceu em 27 de abril de 2009, com uma hipoxia (baixa taxa de oxigênio no sangue) cerebral que a impediu de respirar durante o parto, e entrou em coma apesar das tentativas de reanimação. Aos quatro meses, Camila passou por uma traqueostomia e um implante de um botão gástrico, com o qual permaneceu até sua morte.

Comentando o alcance e limites da Lei argentina, o professor Tinant aduz mais: “La nueva ley, como vimos, se refiere al derecho que tiene el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. De tal modo, según hemos dicho en reciente trabajo, la aplicación del principio de proporcionalidad puede ayudar a apreciar la proporción o desproporción entre los fines y los medios en el campo de la medicina intensiva y paliativa ante el denominado imperativo tecnológico en boga. Cuando la técnica actualmente disponible y aplicada a la medicina (por ejemplo, los soportes vitales), sustituye como medio a los fines puede producirse una inversión de las metas de la medicina. Soberanía de los medios, sin un control ético de sus fines, que puede llevar a consentir la aplicación indiscriminada de algún soporte vital justificando cualquier fin. La traducción de este imperativo tecnológico (‘porque se puede se debe’)

<sup>22</sup> Eduardo Luis Tinant. *Reflexiones sobre la ley de muerte digna*. La Ley. Suplemento especial: Identidad de género. Muerte digna. Mayo de 2012.

*resulta entonces el sustrato de formas indignas de morir con sufrimiento, aislamiento y desfiguración.”<sup>23</sup>*

É importante esclarecer que não se deve confundir “morte digna” com nenhum método eutanásico, nem muito menos com suicídio. Como bem destaca o ilustre professor Tinant, *“La ‘muerte digna’ posibilita la aceptación o el rechazo de tratamientos médicos y/o el ajuste o la limitación de esfuerzos terapéuticos (LET) como buena práctica médica, por ejemplo, en caso de intensidad desmedida del soporte vital en un paciente con enfermedad irreversible, evitando así la obstinación o el empecinamiento terapéutico, mientras que la eutanasia plantea una conducta intencionalmente dirigida a poner fin a la vida de una persona que padece una enfermedad terminal por razones compasivas y en un contexto médico. La eutanasia es el reverso de un activismo (mistanasia) que tiene que ‘hacer algo’ hasta el último momento. Entonces, si ya no puede conseguirse que una persona siga viviendo (o sobreviviendo), hay que hacer que muera. Ni una cosa ni la otra pueden justificarse. La medicina ya no puede seguir el principio de sostener toda vida humana de cualquier manera. No puede hacerlo por razón de la dignidad humana, que también justifica el permitir morir de una forma humanamente digna.”<sup>24</sup>*

No Brasil ainda não há lei disciplinando a matéria mas o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1.995 (aprovado em 30 de agosto de 2012), disciplinando o modo pelo qual os brasileiros poderão registrar em seu histórico clínico o desejo de não serem submetidos a tratamentos considerados invasivos ou dolorosos para prolongar sua vida em caso de uma situação terminal crônica.

Em verdade, esse procedimento é uma “diretiva antecipada de vontade”, na exata medida em que o paciente pode manifestar seu desejo em um documento que dá suporte legal e ético para o cumprimento da orientação. Também chamado de “testamento vital”, ele é facultativo e poderá ser feito em qualquer momento da vida – inclusive por pessoas em perfeita condição de saúde – e poderá ser modificado ou revogado a qualquer instante, bastando que a pessoa seja maior e capaz.

Nesse documento o paciente poderá determinar previamente os procedimentos médicos os quais deseja ou não ser submetido em casos de doença terminal em que não exista a possibilidade de recuperação. O signatário poderá dizer se deseja ou não ser tratado com respirador artificial, cirurgias dolorosas, remédios para doentes terminais e até a reanimação em casos de parada cardiorrespiratória, entre outros procedimentos. Esse registro na história clínica passa a ser considerado pelos médicos como um suporte legal e ético caso sejam questionados pelos procedimentos tomados para cumprir com a vontade do paciente.

Comentando o alcance da decisão do Conselho Federal de Medicina, o seu presidente, Roberto Luiz D’Ávila, qualificou a resolução como “histórica” por en-

<sup>23</sup> Eduardo Luis Tinant, *ibidem*.

<sup>24</sup> Eduardo Luis Tinant, *ibidem*.

frentar um dilema que surge com o avanço da tecnologia médica. “As pessoas que queriam morrer em paz eram internadas em unidades de terapia intensiva, conectadas a tubos e impedidas de morrer naturalmente”, afirmou D’Ávila. Ele admitiu, ainda, que isso acontece devido ao princípio que obriga os médicos a fazer o possível para salvar seus pacientes e por pressões de familiares que querem que a vida seja prolongada ao máximo. Por fim, concluiu: “o que queremos é que as pessoas manifestem se querem morrer no momento adequado e de forma digna. Defendemos a ideia de morte natural sem intervenção tecnológica inútil e fútil”.<sup>25</sup>

Como bem assinala o professor Eduardo Luis Tinant, “*Tratándose de la dignidad de la persona al final de la vida, la preocupación moral no puede centrarse únicamente en la mera subsistencia biológica. Por ser humana, la vida ha de ser reconocida en toda su dignidad. Los principios de respeto, conservación e inviolabilidad de la vida, primordiales, deben conjugarse a la luz de otros principios que demandan asimismo, como telón de fondo, el respeto de la dignidad y la integridad de la persona enferma y, llegado el caso, una serena aceptación de la finitud de la condición humana*”.<sup>26</sup>

### 3.2 Autonomia da vontade do paciente e a morte digna

As leis já aprovadas que versam sobre o direito do paciente a uma morte digna é um ato em prol da dignidade e de respeito à autonomia de vontade do paciente, de sorte a legitimar a ação do médico em proporcionar uma morte digna ao seu paciente e em respeitar sua autonomia sobre o próprio corpo. Dessa forma, isso significa cuidar da integridade do ser humano, respeitando sua vontade e sua natureza.

Sobre a autonomia da vontade discorre Ronald Dworkin estabelecendo que a autonomia de qualquer indivíduo está diretamente relacionada com a sua integridade, independentemente de suas escolhas, valores ou percepções que possa ter de si mesmo. Defendendo a doutrina da “autonomia precedente”, ele conclui que “o direito de uma pessoa competente à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariem os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida”. Quer dizer, deve ser respeitado o modo pelo qual o indivíduo se desenvolveu, cultuou sua personalidade, além dos valores éticos, culturais e religiosos acumulados durante a sua própria vida.<sup>27</sup>

No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liber-

<sup>25</sup> Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3). Acesso em: 13/3/13.

<sup>26</sup> *Bioética jurídica, dignidade de la persona y derechos humanos*, p. 108.

<sup>27</sup> *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 325.

dade individual do que às metas coletivas, ela se apoia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.<sup>28</sup>

É exatamente em face do respeito à autonomia da vontade do paciente que é possível admitir, por exemplo, que a vida de uma pessoa acometida de uma doença terminal não seja prolongada à custa de tratamento que imponha um sofrimento desproporcional aos benefícios esperados, impondo-se o prolongamento da vida sem nenhuma qualidade.

Assim, as leis, normatizando a forma pela qual deva ser respeitado o consentimento livre e informado do paciente, consistem, fundamentalmente, em “*respetar la voluntad del paciente, actual o anticipada, sobre cómo desea ser atendido en el final de la vida, en el marco del derecho a aceptar o rechazar determinados tratamientos y elegir otros, decisiones que pueden incluir la forma en que desea morir. A la postre, el momento de la muerte es siempre un acto personal, íntimo. Pero también, reconocer que el morir es un proceso, que comenzó antes, con el acompañamiento del muriente, y terminará después, en la elaboración del duelo familiar*”.<sup>29</sup>

### 3.3 Conclusões

De tudo quanto foi exposto conclui-se que fixar diretrizes para o tratamento de doentes terminais respeitando-se sua vontade, ou de seus familiares mais próximos, quanto aos métodos artificiais de sobrevida, é uma imperiosa necessidade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque toda pessoa é digna só por existir, mas essa dignidade antecede o seu próprio nascimento, acompanha-a por toda a vida e deve ser garantida inclusive no seu leito de morte.

Não se trata de jurisdicizar a eutanásia em suas várias formas, nem muito menos de normatizar o suicídio assistido, pois são coisas diferentes. Também não se trata de permitir a morte, mas de garantir a autonomia do paciente frente às opções de tratamento oferecidas pelo médico frente a situações em que o tratamento apenas irá prolongar o sofrimento do enfermo e de seus familiares, frente a situações de estado terminal ou incurável de saúde.

Assim, a iniciativa e aprovação de leis que regulem a “Morte Digna” devem, ser aplaudidas como forma de permitir que as pessoas, frente a situações irreversíveis de saúde, possam optar por escolher uma forma digna de viver a própria morte.

<sup>28</sup> Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel. *Dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 13/3/13.

<sup>29</sup> Eduardo Luis Tinant, op. cit.

## 4 O papel do Judiciário

No campo da responsabilidade civil, instrumento de fundamental importância na proteção aos direitos da personalidade, e especialmente nas questões voltadas a corrigir/reprimir o erro médico, o que se espera do Judiciário é que aja com prudência e bom-senso na identificação do eventual ilícito. Contudo, vindo a reconhecer o desvio de conduta, apto a ensejar a condenação, que proceda com a devida severidade, principalmente no tocante à quantificação dos valores indenizatórios.

Conforme já abordamos, a atividade médica é, pela sua própria natureza, uma atividade de risco. De outro lado, o médico lida no seu dia a dia com o bem mais precioso do ser humano – a vida. Nessas circunstâncias, o erro não pode, nem deve, ser apenado com benevolência. O erro em outras atividades profissionais pode ser corrigido retornando a coisa ao *status quo ante*, ainda que com custos materiais elevados. Na atividade médica, o erro quase nunca permite um retorno ao estado anterior.

O erro médico que leva o paciente à morte não há como ser corrigido. Da mesma forma, a amputação indevida de um membro ou extirpação de um órgão sadio são erros que não poderão ser corrigidos. Uma pessoa que tenha amputado uma das pernas, ainda que volte a deambular com prótese, jamais poderá realizar as mesmas funções que desenvolvia quando tinha o membro sadio. A mulher que tenha removido o ovário jamais poderá cogitar de realizar o ato mais sublime da vida que é gerar a vida.

Nesse passo, o que se espera é que o Judiciário exerça controle rigoroso na apuração dos desvios de conduta por erro médico, e com isso contribua para a melhoria dos serviços prestados, pois, como leciona o magistrado Ênio Santarelli Zuliani: *“As sentenças são armas de uma política de conscientização setorial. Um Judiciário coerente estimula revisão de conceitos, retomada de valores, modificação de condutas e aprimoramento de técnicas de serviços. Se os profissionais sentem que são mais exigidos pelos consumidores e que as sentenças estão rompendo redutos em que a impunidade reinava, naturalmente, por instinto de defesa, eles criam métodos eficazes de eliminação das reclamações que são transformadas em severas indenizações e que estigmatizam os médicos como inábeis, com comprometimento do currículo e de uma carreira promissora.”*<sup>30</sup>

Assim, relevante se mostra o papel que o Judiciário pode cumprir no sentido de exigir maior respeito ao ser humano e aos seus direitos personalíssimos, pois, como já se afirmou, o juiz não é um mero autômato, um frio observador desinteressado, um simples aplicador da fria norma jurídica ao caso concreto. Ele deve ser mais do que isso, um agente na transformação social, atento ao que deter-

<sup>30</sup> Inversão do ônus da prova in *COAD Seleções Jurídicas*, nº 1, p. 16.

mina o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e cômico do seu relevante papel na sociedade.<sup>31</sup>

## 5 Quanto aos operadores do direito

Já no tocante aos operadores do direito, o que se espera é que, atuando como primeiro juiz da causa, tenham capacidade para fazer separar o joio do trigo, não alimentando ilusões falsamente desfeitas e não promovendo ações cujo fundamento seja lastreado tão somente em ódios, rancores ou vinganças.

Não podemos banalizar o instituto do dano moral propondo ações em face de qualquer melindre, qualquer suscetibilidade mais exacerbada, ou mesmo em razão do amor-próprio pretensamente ferido, até porque não será o simples roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas que irão possibilitar obter sucesso nas demandas a esse título.<sup>32</sup>

Não se esqueçam de que, em muitos casos, pacientes ou seus familiares vão identificar uma conduta médica supostamente reprovável, porém uma análise fria e desapaixionada poderá vir a concluir que não se deve enquadrar aquele comportamento como erro médico. Muitas situações decorrem de frustrações quanto ao resultado do tratamento, da incompreensão sobre o que lhe foi dito ou mesmo da não aceitação da fatalidade. Assim, um resultado esperado pelo médico, mas não aceito pelo paciente, pode provocar uma situação de total inconformismo com o próprio destino.<sup>33</sup> Advirta-se ainda que a expectativa do doente e de seus familiares é a de que o médico lhe cure, enquanto o médico tem a obrigação de cuidar adequadamente do doente, aplicando toda sua técnica e conhecimento com a finalidade de lhe ministrar os melhores meios de cura. Como já dissemos, ao médico não se pode atribuir o poder absoluto sobre a cura, a vida e a morte porque, sem nenhuma alusão religiosa, isto só a Deus pertence.

Ademais, a ação temerária, emulatória e incomodativa, somente persecutória da contraparte, constitui, em face da legislação pátria, litigância de má-fé, daí infere-se que a natureza da conduta maléfica, aqui analisada, é de abuso de direito, inicialmente previsto na lei material, e posteriormente migrada e adequada para a lei processual, gerando responsabilidade pelos danos causados no exercício da demanda.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Nesse sentido ver Hans Kelsen e sua *Teoria pura do direito*.

<sup>32</sup> Antônio Chaves. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*, p. 637.

<sup>33</sup> Irany Novah Moraes. *Erro médico e a justiça*, p. 423.

<sup>34</sup> Lillian Oliveira de Azevedo. Litigância de má-fé. *Revista da Faculdade de Direito Unifacs*, v. 1, p. 239.

## 6 Conclusão

Muito embora não seja tarefa fácil a distinção entre o uso legítimo dos instrumentos processuais postos à disposição da parte e a efetiva comprovação do abuso de direito, é certo que os magistrados podem exigir conduta ética e moral escorreita de todos aqueles que ingressam em juízo, punindo com as sanções processuais cabíveis o *improbis litigator*, já que exigível uma conduta condigna de todos que atuam no processo, de tal sorte que as atividades processuais se desenvolvam imunes de abusos.

A constitucionalização do direito indenizatório a título de dano moral (CF, art. 5º, V e X) indiscutivelmente inaugurou uma nova fase no direito brasileiro, porquanto institucionalizou a obrigação de compensar a dor ou a humilhação sofrida pelo indivíduo em decorrência da prática de ato ilícito.

Ademais, a garantia constitucional de proteção à dignidade humana, como um vetor que deve influenciar toda a interpretação do corpo normativo brasileiro, está a impor ao aplicador da norma jurídica uma melhor reflexão quanto à posição das vítimas por erro médico, de tal sorte a afastar o rigor do ônus probatório, procurando melhorar a situação jurídica do lesado.<sup>35</sup>

Contra os céticos, os neutros e os negadores da significação objetiva da ética e da justiça, a Declaração Universal dos Direitos Humanos acabou por fazer uma afirmação solene do valor maior que é o fundamento da vida social: “a dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Afirmou-se, assim, que as pessoas não são sombras, não são aparências, são realidades concretas e vivas, daí por que a Declaração fez um duplo reconhecimento: primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal; segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica, sendo, portanto, a fonte das fontes de todo e qualquer direito.<sup>36</sup>

Na atividade médica, o que se espera é que o profissional atue respeitando o princípio geral da dignidade humana, não só porque isso é o que recomenda seu Código de Ética, mas e principalmente por ser a dignidade um valor supremo, universal e orientador da proteção dos Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, deverá ser a fonte inspiradora do intérprete e do aplicador da norma ao caso concreto, de sorte a melhorar a situação dos infortunados, ou de seus familiares, permitindo-lhes receber um mínimo de justiça como compensação frente a eventual ocorrência do erro médico. Como já se afirmou: se o médico não teve “culpa” pelo incidente danoso, menos “culpa” teve a pobre vítima!...

<sup>357</sup> Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 207.

<sup>367</sup> André Franco Montoro. *Cultura dos direitos humanos*, p. 28.

# Parte II

---

Erro Médico em Espécie



# Responsabilidade Civil do Médico

---

## 1 Histórico

Durante muitos séculos, a medicina esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se cogitava responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez inútil, pois dependente da vontade Divina. Até início do século passado, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato do médico se resumia na relação entre uma confiança (do paciente) e uma consciência (do próprio médico).<sup>1</sup>

Porém isso já faz parte do passado e do folclore porque nos dias atuais a medicina não é mais exercida como se sacerdócio fosse. Há, por assim dizer, uma “mercantilização” dos serviços médicos que começa pela proliferação de universidades com a conseqüente queda na qualidade de ensino; com o estudante optando pelo curso de medicina não como uma vocação natural, mas como uma opção de sobrevivência futura; da baixa remuneração desses profissionais, o que os obriga a ter três ou mais empregos simultâneos; da baixa qualidade dos serviços médicos, principalmente nos hospitais públicos; da proliferação dos planos de saúde que cobram caro de seus associados, mas que remuneram pessimamente os profissionais credenciados; enfim, da falência do sistema de saúde no Brasil.

Ademais, a publicidade, embora permitida, tem sido utilizada como uma forma de obtenção de lucro sem o mínimo de respeito à ética médica, sendo que, mais das vezes, primam pelo sensacionalismo, autopromoção, concorrência des-

---

<sup>1</sup> Miguel Reale citado por Ruy Rosado de Aguiar in *Responsabilidade civil do médico*, RJ nº 231.

leal e até exposição pública e indevida de pacientes. Ademais, multiplicaram-se os consórcios, carnês de pagamento, sorteios, bônus promocionais, descontos e promoção no valor de consultas, cirurgias e outros procedimentos médicos na área de cirurgia plástica e estética. Não foram poucos os anúncios coletados, contendo essas práticas que são veementemente condenadas pelo Cremesp.<sup>2</sup>

Ademais, todo o desenvolvimento tecnológico à disposição da medicina criou oportunidades, gerou novas especialidades profissionais, e aumentou os riscos tendo em vista que os mesmos aparelhos e técnicas colocados a serviço do homem pode também funcionar mal, ou ser inadequadamente utilizado, gerando por via de consequência, danos extraordinários, podendo culminar em lesões de toda ordem e até com o evento morte.<sup>3</sup>

Alie-se ao quadro acima descrito a explosão demográfica que inchou as cidades e a crescente despersonalização da prestação dos serviços médicos. Some-se ademais, o despertar de consciência da população por seus direitos e a elaboração de leis mais protetivas (como o Código de Defesa do Consumidor), e poderemos entender o porquê da enxurrada de ações que abarrota o Judiciário brasileiro, tendo como fundamento o erro médico.

Todo esse quadro nos remete ao estudo da responsabilidade civil por deficiência, erros e falhas na prestação dos serviços médico-hospitalares que, para melhor compreensão, deverá ser analisada sob dois ângulos distintos: quando prestada pessoal e diretamente pelo médico, como profissional liberal; e, quando prestada de forma empresarial através dos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios e planos de saúde.

Neste capítulo nos ocuparemos da responsabilidade do médico enquanto profissional liberal, que presta seus serviços diretamente aos seus pacientes e, nos seguintes, nos ocuparemos das demais modalidades.

## 2 Responsabilidade do médico e a culpa provada

A natureza jurídica da prestação de serviços médicos, embora *sui generis*, é contratual, porém o profissional não se compromete com a obtenção de um determinado resultado, mas sim com prestar um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo assim uma típica obrigação de meios.<sup>4</sup> Significa dizer que o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja aos seus cuidados, “*mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo*”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Boletim especial do Conselho Regional de Medicina de São Paulo – Cremesp, acessado em 14.01.2008 e disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/crmonline/jornalcrm/164/especial.htm>>.

<sup>3</sup> Cf. João Monteiro de Castro, *Responsabilidade do médico*, p. 23.

<sup>4</sup> Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, v. I, p. 272 ss.

<sup>5</sup> Antonio Chaves. *Tratado de direito civil*, v. 3, p. 396.

Assim, a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados em face do exercício da sua profissão, será apurada mediante aferição da culpa (imprudência, negligência ou imperícia), nos exatos termos do disposto no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 14, § 4º), e do Código Civil (Lei nº 10.406/02, art. 951).

Há toda uma lógica para que seja dado tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais. Não se pode exigir cumprimento do contrato médico ou advocatício, para mencionar dois exemplos, como se fosse um contrato de empreitada, de depósito, de transporte ou outro qualquer. Na atividade médica ou advocatícia, o resultado final almejado não depende apenas da capacidade, conhecimentos e empenho do profissional, porque fatores externos e aleatórios interferem na concretização do contratado. Por mais que o advogado seja competente, a vitória ou derrota no processo dependerá de fatores os mais diversos, a começar pelo entendimento e valoração que o magistrado atribua às provas. Quanto ao médico, por mais consciencioso que seja, não pode se responsabilizar pela cura total do doente, mormente se a doença for grave, porque cada organismo pode reagir diferentemente a um mesmo tratamento ou medicamento, dentre outras inúmeras variáveis que podem interferir na cura.

Contudo, apesar de a obrigação do médico ser de meio e não de resultado, adverte com sapiência o magistrado Jurandir Sebastião que o profissional tem também um dever de empenho que supera em muito o conceito jurídico de contrato de meio na exata medida em que se exige do profissional que demonstre que houve a correta aplicação de todos os meios materiais e profissionais aplicáveis à espécie e que, além deles, mais não se fez porque não foi possível, embora se tenha procurado e tentado a exaustão.<sup>6</sup>

A conduta do médico e os resultados da sua atividade, conforme já tivemos oportunidade de afirmar, há que ser aferida, qualquer que seja o resultado, com uma certa dose de flexibilidade, até porque, contrariamente, não se pode atribuir responsabilidade total ao médico, porque algumas situações independem de sua vontade ou competência, como, por exemplo, nos casos em que o paciente tenha uma conduta inadequada no tocante ao prescrito ou ainda se ele abandona o tratamento.<sup>7</sup> Ademais, não se pode querer ignorar os desígnios da natureza e, nem querer que o médico seja o Deus supremo da vida, sob risco de o fazendo, cometer-se uma grande injustiça na medida em que não se pode atribuir ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física e da morte, o que, sem nenhuma alusão a convicções religiosas, somente a Deus cabe decidir.<sup>8</sup>

Por essas razões, plenamente justificada a exceção contida na legislação consumerista, deslocando para o lesado o ônus de provar que o profissional desviou-se da conduta que seria normal esperar (por ação ou omissão) e, assim

<sup>6</sup> A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito in *COAD Seleções Jurídicas*, v. 3, p. 51.

<sup>7</sup> *Da culpa e do risco*, p. 245-246.

<sup>8</sup> Rosana Jane Magrini. Responsabilidade civil do médico in *Júris Síntese* nº 31.

procedendo, causou danos que devem ser indenizados. Logo, conforme ensinamentos de Ulderico Pires dos Santos, “*para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo conclusivo que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte*”.<sup>9</sup>

Tendo em vista que a verdade no campo do erro médico se assenta em três visões distintas, quais sejam: a verdade do paciente, a verdade do médico, e a verdade real; caberá ao juiz encontrar o ponto justo da questão submetida à sua apreciação, analisando com objetividade a caracterização da falta, a comprovação do nexo causal entre o procedimento médico e o fato danoso, com a consequente responsabilização do causador do dano.<sup>10</sup>

### 3 Da imprudência

A imprudência, nas sábias palavras do mestre Antonio Chaves, é a “*descautelada, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor*”.<sup>11</sup>

No exercício de seu elevado mister, do profissional de medicina, mais do que de qualquer outro profissional, se espera prudência tendo em vista o bem jurídico com o qual tratam habitualmente: a saúde e a vida humana. Médicos prudentes são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também as regras que desta se extraem, agem antevendo o evento que deriva de uma determinada ação, tomando depois as cautelas aptas e necessárias a evitar o insucesso da empreitada.<sup>12</sup>

Assim, age imprudentemente o médico que sem usar as cautelas necessárias toma atitudes precipitadas, como o cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo se encarrega de anestesiá-lo, provocando sua morte por choque anafilático; ou do médico que receita penicilina sem fazer teste de alergia e, em face disso, o cliente vem a falecer.<sup>13</sup>

Pode também ser enquadrado como imprudente o médico que realiza em trinta minutos uma cirurgia que normalmente demandaria uma hora, acarretando, com seu açoitamento, dano ao paciente; ou, ainda, o médico que libera o acidentado, quando deveria mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subsequente morte; ou como o cirurgião que

<sup>9</sup> A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, p. 361.

<sup>10</sup> Cf. Irany Novah Moraes. *Erro médico e a justiça*, p. 426.

<sup>11</sup> Responsabilidade civil do ato médico, *Revista Jurídica* nº 207, p. 19.

<sup>12</sup> João Monteiro de Castro, op. cit. p. 142, e Miguel Kfoury Neto, op. cit. p. 74.

<sup>13</sup> Tereza Ancona Lopez in *Responsabilidade civil do médico* (coord. Yussef Cahali), p. 3.

abandona técnica operatória segura e habitual para utilizar técnica nova e arriscada, sem comprovada eficiência, e provoca lesão ou morte ao paciente.<sup>14</sup>

## 4 Da negligência

Ainda segundo o mestre Antonio Chaves, negligência seria o “descuido, desídia, desleixo: falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa”, cujos casos mais comuns resultam em “erros de diagnóstico, tratamento impróprio ou inadequado, falta de cuidados indispensáveis, falta de higiene, esquecimento de compressas em operações cirúrgicas, curetagens malfeitas”,<sup>15</sup> dentre tantas outras.

Desta forma, estará caracterizando a negligência toda vez que se puder provar que o médico não observou os cuidados e as normas técnicas aplicáveis à espécie. A bem da verdade, é por assim dizer, como uma “espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que poderia e devia ser previsto”.<sup>16</sup>

Dentre os diversos casos de negligência profissional possíveis de ocorrência destacamos: exame superficial do paciente e conseqüente diagnóstico falso; operações prematuras; descuidos nas transfusões de sangue ou anestésias; emprego de métodos e condutas antiquados e incorretos; prescrições erradas; abandono ao paciente; negligência pós-operatória; omissão de instrução necessária aos doentes; queimaduras por raios X; infecções propagadas por instrumentos; médico que diante do caso grave continua deitado na sala dos médicos; médico que não conhecendo o estado clínico do paciente prescreve-lhe medicação por telefone.<sup>17</sup>

A negligência pode ainda consistir numa conduta negativa, quando o médico seja totalmente omissos ou atue em menor intensidade do que as circunstâncias estavam a exigir como, por exemplo, omissão de tratamento ou retardamento na transferência para outro especialista, ou ainda, no caso de retardamento de um parto que venha a causar a morte ou sequelas ao feto ou a genitora.<sup>18</sup>

O oposto da negligência é a diligência que significa, em última análise, agir com cuidado e atenção, evitando qualquer distração. Conforme Kfourri Neto, “os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, posto que a distração faz parte da natureza humana e vão do erro do médico desatendo que receita um remédio por outro – morfina em vez de quinino – até o esquecimento de pinça ou de outro objeto no corpo do paciente”.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Cf. Miguel Kfourri Neto. *Responsabilidade civil do médico*, p. 73-75.

<sup>15</sup> Responsabilidade civil do ato médico. *Revista Jurídica* nº 207, p. 19.

<sup>16</sup> Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade civil*, p. 11.

<sup>17</sup> Cf. Rosana Jane Magrini citando Miguel Kfourri Neto.

<sup>18</sup> Cf. Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, p. 263.

<sup>19</sup> Op. cit. p. 73.

## 5 Da imperícia

Já no que diz respeito à imperícia, Antonio Chaves a define como sendo a *“ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. Em sentido jurídico, revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço”*.<sup>20</sup>

Muitos autores asseveram que o médico, por ser habilitado profissionalmente em curso superior regularmente reconhecido, não poderia ser considerado imperito em razão da *mala praxis*. Nesse sentido Genival Veloso França afirma que *“o médico habilitado – profissional e legalmente –, não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade”*. E conclui, *“o diploma e seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia”*.<sup>21</sup>

Ousamos discordar dos que assim pensam porque não devemos esquecer que existem médicos sem conhecimentos específicos, que se aventuram em área que refogem à sua especialidade e, com isso, provocam danos ao paciente. Ademais, conforme leciona o magistrado Ênio Santarelli Zuliani, *“verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na Faculdade de Medicina) para a nobilíssima tarefa, 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)”*.<sup>22</sup>

Além disso, o próprio Código de Ética Médica admite a possibilidade de o médico ser considerado imperito na exata medida em que coloca entre as vedações impostas aos profissionais da medicina o de *“praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”* (art. 1º, Cap. III, da Res. CFM 1931/09).

O mestre Aguiar Dias nos fornece um exemplo emblemático de imperícia, ao relatar resultado de julgado do Tribunal de Apelação de São Paulo, datado de 1940, pelo qual afirmou-se que *“age com manifesta imperícia o médico que, ao examinar uma cliente, supondo-a desvirginada e grávida, provoca, com o dedo, o rompimento do hímem. Não o escusa o fato de apresentar a paciente sintomas, tais como: a) hemorragia, porque pode ser de origem catamenial; b) coágulos de sangue*

<sup>20</sup> Responsabilidade civil do ato médico. *Revista Jurídica* nº 207, p. 19.

<sup>21</sup> Comentários ao código de processo ético-profissional dos Conselhos de Medicina do Brasil, 2. ed., CRMPB, 2001, p. 265-266 (apud Edmilson de Almeida Barros Jr. *A responsabilidade médica*, p. 106).

<sup>22</sup> *COAD Seleções Jurídicas*, v. 1, p. 13.

*na região examinada, porque podem provir de estagnação do sangue no útero; c) dor no baixo ventre, explicável também pelo cólica uterina; d) seios pigmentados, em tubérculos de Montgomery, porque tal sinal é mera probabilidade de gravidez, podendo ocorrer em estado patológico dos órgãos genitais; e) enjoos, porque também pode ser atribuído à cólica”.*<sup>23</sup>

Assim, a imperícia seria a falta de observação das normas primárias que regem aquele determinado procedimento, bem como o despreparo prático do profissional para o exercício da profissão. Imperito será ainda o médico que prescreva tratamento para um determinado tipo de doença quando todos os sintomas estejam a indicar outra; ou o cirurgião que, em visível equívoco, corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando sequelas para o paciente; ou ainda, o obstetra que em operação cesariana corta a bexiga da parturiente.

Devemos considerar por fim, que o Código de Ética Médica exige do médico contínuo aprimoramento, de tal sorte que o médico desatualizado poderá ser considerado imperito e atrair para si a responsabilidade por danos advindos em decorrência da aplicação de técnicas, procedimentos ou mesmo medicamentos ultrapassados e não mais utilizados.

## 6 Erro grosseiro

Além da culpa nas modalidades estudadas, há ainda a figura do erro grosseiro, como forma de responsabilização do profissional, representado pela conduta profissional que fere os mais elementares conhecimentos da matéria, aferível pelo homem comum e condenável sob a forma da negligência em sua forma mais exacerbada.

É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro desavisado, tal qual o anestesista que provoca a morte do paciente por superdosagem; o cirurgião que esteriliza parcialmente o doente por secção do canal deferente em cirurgia de hérnia inguinal; o ginecologista que contamina o paciente por falta de cuidados de assepsia.<sup>24</sup>

Erro grosseiro ou inescusável é aquele erro imperdoável, tal qual o profissional que analisando radiografia invertida promove a operação da perna não fraturada do paciente.<sup>25</sup>

Com relação à matéria, Irany Novah Moraes ilustra sua brilhante monografia informando uma curiosidade: *“o erro mais grotesco de que tomei conhecimento em toda a bibliografia que tenho lido todos esse anos foi o do médico do fim do século XIX que, ao operar um doente, deixou cair seu pince-nez na cavidade peritoneal e,*

<sup>23</sup> Responsabilidade civil, v. I, p. 290.

<sup>24</sup> Cf. Wanderley Lacerda Panasco. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*, p. 59.

<sup>25</sup> Alaércio Cardoso. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*, p. 292.

*como sem ele tinha dificuldade de visão, não o encontrou. Seus óculos foram encontrados na autópsia feita no dia seguinte!*".<sup>26</sup>

Fazendo uma advertência de que o erro de diagnóstico pode ser escusável dependendo do estado atual da ciência médica, não induzindo à responsabilização, Aguiar Dias diz que tratando-se do erro grosseiro ou manifesto não se permite tal isenção, principalmente em face de diagnóstico leviano ou claramente inexato em face dos sintomas positivamente contrário aos apresentados pela moléstia. E relaciona alguns exemplos: tratar como fratura uma ferida causada por estilhaço na perna do paciente; diagnosticar mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe lesão ou morte; ou ainda, tratar o paciente de uma doença que o mesmo não tinha, sem se esforçar para descobrir a verdadeira causa.<sup>27</sup>

## 7 Erro escusável

É preciso ponderar que a medicina é uma ciência e como tal tem limitações e que o médico é um ser humano, logo falível, devendo ainda considerar que ele trabalha com informações que lhe são fornecidas pelo paciente, cuja verdade varia de acordo com as circunstâncias e conveniências, além do que, o organismo humano reage de forma diferenciada de pessoa para pessoa a um mesmo tratamento.

Nesse quadro, erro escusável será aquele decorrente de falhas não inimpugnáveis ao médico e que dependam das contingências naturais e das limitações da medicina, bem como naqueles em que tudo foi feito corretamente, porém o doente havia omitido informações ou ainda quando ele não colaborou para o correto processo de diagnóstico ou de tratamento. Nesse caso o erro existe, porém será considerado intrínseco à profissão ou decorrente da natureza humana, não se podendo atribuir culpa ao médico.<sup>28</sup>

Ademais, temos que partir da premissa de que o erro médico condenável é aquele que decorre de um desvio, fazendo supor uma falta de prudência ou diligência esperada para o caso concreto. Não se está com isso querendo dizer que o médico tem o direito de errar, mas que o erro será escusável desde que, conforme o caso concreto, for invencível à mediana cultura médica. Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro é possível de ocorrer em toda e qualquer profissão, o problema é que em se tratando do médico e considerando que lida com a vida humana, e em situações muitas vezes imprevisíveis, o seu erro torna-se mais dramático,

<sup>26</sup> Op. cit. p. 438.

<sup>27</sup> Op. cit. p. 287.

<sup>28</sup> Nesse sentido, Irany Novah Moraes. *Erro médico*, p. 62.

contudo não deve ser chamado indiscriminadamente a prestar contas à Justiça se, de sua atividade regular, vem a ocorrer um acidente funesto.<sup>29</sup>

Assim, o erro de diagnóstico, a não ser que grotesco, não pode ser considerado indicativo da culpa médica. Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Junior, deixou assentado que “o diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas. O erro no diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se tomada sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro”.<sup>30</sup>

Isto é, o erro profissional quando advindo das imperfeições da própria arte ou ciência, embora possa acarretar consequências e resultados danosos ou de perigo, não implicará (necessariamente) no dever de indenizar, desde que o profissional tenha empregado correta e oportunamente os conhecimentos e regras atuais de sua ciência.<sup>31</sup>

Por fim cabe uma advertência: A problemática da caracterização do erro em se tratando da medicina não se restringe única e exclusivamente às fronteiras da ciência, mas as extravasa para os domínios da arte e do imponderável, razão por que se espera objetividade e bom senso do Judiciário na avaliação dos fatos e provas, frente ao caso concreto.<sup>32</sup>

## 8 Direitos do médico

O primeiro e talvez mais importante direito do médico é exercer com liberdade sua profissão, conforme expressamente preceituado no Código de Ética Médica, que diz ser direito do médico, dentre outros, “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza” (Cap. II, inciso I).<sup>33</sup>

O médico deve ainda gozar de total liberdade, em todo e qualquer ambiente (público, privado ou filantrópico), no que diz respeito ao diagnóstico, tratamento e internação de seu paciente, evidentemente com anuência deste e respeitando as normas de procedimento da instituição de saúde utilizada (Código de Ética, arts. 21 e 25).

Atualmente os médicos são muito exigidos e as principais obras que tratam da responsabilidade civil desses profissionais pouco ou nada trazem sobre os seus direitos. Nesse sentido, Irany Novah Moraes<sup>34</sup> diz que “muito é exigido do

<sup>29</sup> Cf. Sergio Cavaliere Filho. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., p. 362-363.

<sup>30</sup> Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica* (RJ) nº 231, p. 122.

<sup>31</sup> Aníbal Bruno. *Direito penal – Parte Geral*, v. I, tomo 2º, p. 472.

<sup>32</sup> Irany Novah Moraes. *Erro médico e a justiça*, p. 426.

<sup>33</sup> Res. CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

<sup>34</sup> *Erro médico e justiça*, p. 364.

*médico, mas, neste contexto, pouco é referido acerca de seus direitos. Até mesmo é esquecido o mais elementar direito de exercer com a liberdade a sua profissão”.*

## 9 Deveres do médico

Dentre os deveres dos médicos talvez o mais importante seja o de qualificar-se e atualizar-se permanente para o exercício profissional adequado da medicina, procurando estar permanentemente informado sobre novas técnicas, medicamentos e equipamentos, conforme expressamente determina o Código de Ética Médica.<sup>35</sup>

Outro dever importante é o de respeito ao desejo do paciente, que se projeta através do dever de obtenção do consentimento esclarecido e informado, tema que será tratado no próximo tópico.

Responde ainda o médico por infração do dever de conselho quando não instrui adequadamente o paciente, ou quem por ele esteja encarregado, a respeito dos cuidados e precauções requerida pelo estado do doente.<sup>36</sup>

Luzia Chaves Vieira<sup>37</sup> enumera os seguintes deveres: (a) informar ao paciente/ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e fazer o paciente entender por que os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento; (b) proceder uma propedêutica cuidadosa, apesar de toda a tecnologia, lembrando que a clínica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; (c) respeitar a vontade do paciente; (d) atender ao doente ou familiar que deseja esclarecimentos em salas individuais, sem a presença de estranhos; (e) esclarecer objetivamente o quadro clínico para o próprio doente ou responsável. Permitir e até exigir que o doente tenha familiar para presenciar a conversa. Verificar se o paciente tem condições psicológicas para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; (f) informar ao paciente sobre intervenção cirúrgica e quais são as suas possíveis sequelas e consequências; (g) orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quaisas reações que podem ocorrer com o uso deles, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; (h) não discutir por telefone os problemas dos pacientes, com familiares ou com quem quer seja: a conversa pode estar sendo gravada e quebrar o sigilo médico; (i) não dar entrevista a jornais e televisão sobre o estado de saúde dos seus pacientes; (j) no caso de homem público, o hospital emitirá um boletim assinado pelo diretor clínico; (l) jamais quebrar o sigilo médico.

O Código de Ética Médica veda diversas condutas ao médico tanto no campo do relacionamento com seus clientes, quanto com relação àqueles aos quais presta

<sup>35</sup> Res. CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, princípio fundamental. *V, verbis*: “Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.”

<sup>36</sup> Aguiar Dias, *op. cit.* p. 276.

<sup>37</sup> Responsabilidade civil médica, Revista *Júris Síntese* nº 19, CD-ROM, np.

serviços, bem como em diversos outros campos do relacionamento e de pesquisa da ciência médica.

## 10 Consentimento informado

Antes de realizar qualquer procedimento, principalmente os de risco ou de intervenções cirúrgicas, o médico deve obter o consentimento informado do paciente ou, na sua impossibilidade, do seu representante legal ou dos parentes mais próximos, conforme expressamente preceituado pelo Código de Ética Médica, que determina ser proibido ao médico, “*Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*” (Res. CFM nº 1.931, art. 22).

Esse imperativo encontra fundamento na garantia dos direitos humanos fundamentais e no respeito à autonomia da vontade do paciente e foi inspirado pelo chamado Código de Nuremberg,<sup>38</sup> cujos dez pontos resumem os princípios básicos que regem a conduta ética em pesquisas. Dentre elas, a primeira cláusula do documento aponta para o fato de que “*o consentimento informado do sujeito humano é absolutamente essencial*”. O código aborda ainda outros detalhes implícitos em tal exigência: capacidade para consentir; liberdade de coerção; compreensão dos riscos e benefícios envolvidos.

O dever de informar encontra ainda ressonância nos princípios de respeito à dignidade humana. Nesse sentido, a Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovou a seguinte disposição: “*Uma intervenção no campo de saúde só pode ser realizada depois de a pessoa ter dado seu consentimento livre e informado para tal. Essa pessoa deve, antecipadamente, receber informações apropriadas acerca do propósito e natureza da intervenção, bem como de seus riscos*” (art. 5º, letra b).<sup>39</sup>

Conforma ensina o professor Guilherme de Oliveira, este dever se funda no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo-se em uma das facetas mais relevantes de sua proteção, de tal sorte que o dever do médico em não praticar nenhum ato clínico sobre qualquer pessoa, sem a sua anuência, nasce antes mesmo de qualquer relação individual com o doente *in concreto*, antes mesmo de esboçada qualquer relação contratual.<sup>40</sup>

Informa o insigne Caio Mário da Silva Pereira<sup>41</sup> de que era muito comum entre nós o médico ocultar os casos de doença grave, resguardando o doente do

<sup>38</sup> Ao final da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Militar Internacional processou criminosos de guerra nazistas, incluindo médicos que haviam realizado experimentos em prisioneiros nos campos de concentração. O Tribunal editou o Código de Nuremberg contendo o que seria permitido em experimentos médicos com participantes humanos.

<sup>39</sup> Aprovado pela Conferência Geral da Unesco na sua 29ª sessão (1997).

<sup>40</sup> *Temas de direito da medicina*, p. 63.

<sup>41</sup> *Responsabilidade civil*, p. 151-152.

possível choque psicológico. Contudo, assevera que esta tendência foi revertida no sentido oposto, de tal sorte que o médico tem o dever de informar o paciente ou sua família sobre os riscos do tratamento e possível evolução da doença.

Nosso Código Civil é peremptório quando consigna: *“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”* (Lei nº 10.406/02, art. 15). De outro lado, o Código de Defesa do Consumidor enumera entre os direitos básicos do consumidor *“a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”* (Lei nº 8.078/90, art. 6º, III).

Sendo o Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública, portanto de cumprimento obrigatório, o descumprimento do dever de informar, por si só, caracterizará falha na prestação do serviço e, na ocorrência de dano, ensejará o dever indenizatório. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que manteve condenação de médico por falhas no dever de informar, deixando assentado de que *“a despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano”*.<sup>42</sup>

O consentimento esclarecido somente é dispensável na eventualidade de atendimento de emergência, tendo em vista a regra geral de que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre os riscos a que será submetido com o tratamento ou a cirurgia, inclusive os efeitos colaterais, e aceitar ou não a solução preconizada pelo galeno. Isto porque, cabe ao paciente decidir se as vantagens do tratamento ou da intervenção suplantam os riscos e desvantagens correspondentes.<sup>43</sup> Por exemplo: é sabido pelos médicos de que a intervenção cirúrgica na próstata pode causar incontinência urinária e impotência sexual, sendo aquilo que chamamos de risco inerente. Assim, o paciente que necessite se submeter a este tipo de cirurgia deverá ser, obrigatoriamente, informado dessas possíveis consequências, para que ele decida se quer correr esse risco ou não.<sup>44</sup>

Quatro são os requisitos essenciais para que o consentimento seja válido e eficaz: que seja voluntário; fornecido por quem seja capaz; após ter sido informado e devidamente esclarecido. Nesse sentido informa Miguel Kfoury Neto

<sup>42</sup> STJ – REsp 436.827 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 18.11.2002 – p. 228.

<sup>43</sup> Ruy Rosado de Aguiar Jr. Responsabilidade civil do médico in RJ nº 231.

<sup>44</sup> Informa o Dr. Miguel Srougi (Câncer da próstata: uma opinião médica), que, embora seu valor curativo seja inquestionável, a prostatectomia radical pode provocar impotência sexual e incontinência urinária, ou seja, incapacidade para se conter a urina. A impotência, que se caracteriza por perda das ereções penianas, apesar de o paciente poder atingir o orgasmo, surge em 95% quase todos os operados com mais de 70 anos de idade, em 50% a 60% dos indivíduos com 55 a 65 anos e em 15% a 20% dos pacientes com menos de 55 anos. Ressalte-se que os riscos de impotência diminuem significativamente quando o tumor é oculto, não palpável no toque digital e quando o cirurgião é experimentado. Incontinência urinária moderada ou grave surge em 20% a 40% dos pacientes submetidos à cirurgia em centros não especializados mas acomete apenas 1% a 2% dos casos quando a intervenção é realizada por equipes habilitadas (publicado no site da UNIFESP, acesso em 16.01.2008, disponível em: <<http://www.uronline.unifesp.br/uronline/ed1098/caprostata.htm>>).

que a Corte de Cassação Italiana em 12.06.1982, firmou o seguinte entendimento: “o cirurgião, antes de proceder à operação, deve obter o consentimento válido do paciente, essencial para a licitude do ato médico, considerada a gravidade da intervenção, sem prescindir de uma avaliação séria, científica, mas sempre em palavras acessíveis ao paciente, indicando-lhe as possibilidades razoáveis de sucesso, que justifiquem o ato médico como oportuno, e as eventualidades negativas que o desaconselhariam”.<sup>45</sup>

## 11 Indenizações por erro médico: como o médico poderá se prevenir?<sup>46</sup>

Os médicos cumprem no dia a dia uma missão sagrada, qual seja: prevenir, aliviar, tratar, curar e até mesmo salvar vidas, logo se encontram no centro de uma atividade cujo fim maior é a preservação da vida humana. Neste seu elevado mister, o profissional da medicina opera com bens supremos do indivíduo, todos protegidos constitucionalmente, quais sejam: a vida, a integridade física e psíquica, a dignidade e a intimidade.<sup>47</sup>

Nestas circunstâncias, a melhor prevenção do erro médico é, a nosso sentir, a humildade, entendida como a plena tomada de consciência, por parte do profissional médico, de que o erro existe, é possível de acontecer e pode trazer sérias consequências não somente para o seu paciente, como também para si mesmo.<sup>48</sup> É importante destacar este aspecto porque, no mais das vezes, os médicos colocam-se em posição de superioridade com relação aos leigos em medicina, aí se incluindo advogados, magistrados e promotores. Advirta-se, contudo, que embora de medicina entendam eles, isto não os torna imunes a erros e omissões e ter esta tomada de consciência poderá significar não naufragar frente a uma demanda por erro médico.

Nesta linha de pensar, dois outros aspectos relevam comentar, como formas importantes de prevenção: o médico deve ser honesto e humano. A honestidade de que falamos envolve, principalmente, sua conduta ética que deverá ser pautada pela seriedade, pelo esmero, pelo respeito ao paciente e seus familiares, não devendo nunca cair no engodo de prometer a cura total, pois isto, sem nenhuma referência a religião, somente a Deus se permite. No quesito humanidade, o que se espera do médico é que tenha consciência da importância de sua atividade e tenha consciência de que todo e qualquer ser humano, independentemente de seu patrimônio material, merece a proteção e atenção

<sup>45</sup> *Culpa médica e ônus da prova*, p. 285.

<sup>46</sup> Palestra proferida no seminário “A responsabilidade médica nos âmbitos civil, criminal e ético”, promovida pela UNIMED Paulistana, Novotel Jaraguá Conventions em São Paulo/SP, na data de 21.10.2006.

<sup>47</sup> Ver especialmente art. 1º, III e art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal.

<sup>48</sup> Luzia Chaves Vieira. Responsabilidade civil médica. *Revista Júris Síntese* nº 19, CD-ROM.

médica de tal sorte que todos devem ser tratados com humanidade, dignidade e respeito.

Além da tomada de consciência acima preconizada, o prontuário médico é o mais importante dos documentos preventivos que o profissional deve ter consigo. Não se esqueça que um prontuário bem elaborado certamente conterá todo o histórico do paciente, além dos resultados dos exames realizados, as prescrições de medicamentos e posturas recomendadas, além de outras informações que o médico possa ter reputado como importante frente ao caso concreto.

Exames complementares como forma de fazer-se um diagnóstico seguro é uma outra prática defensiva recomendada. O erro médico derivado de um diagnóstico equivocado, embora defensável sob o prisma de erro escusável, pode acarretar a responsabilização do profissional. Para melhor prevenir, cabe fazer uma recomendação de que, não se abuse do chamado “olho clínico”, de tal sorte que, na eventualidade de dúvidas quanto ao mal que acomete o paciente, seja determinada a realização de exames complementares como forma de realizar-se um diagnóstico seguro.

Muito embora a relação médico-paciente não guarde na atualidade a relação de confiança em que se estribava ao tempo do chamado “médico de família”, nada obsta que o profissional moderno invista no estreitamento das relações de confiança com seu paciente e seus familiares. Uma relação alicerçada na confiança pode ser fator inibidor de propositura de ações ressarcitórias.

Sempre que o tratamento ou a cirurgia oferecer algum risco, o médico deverá obter o consentimento informado do paciente ou de seu representante legal ou dos familiares mais próximos, antes de proceder a qualquer tratamento ou intervenção de risco. Não se esqueça de que um dos principais direitos do consumidor/paciente é o de ser bem informado quanto aos riscos que os produtos ou serviços possam oferecer (Lei nº 8.078/90, art. 6º, III). Ademais, prescreve nosso Código Civil que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (art. 15).

Evitar prestar atendimento em área do conhecimento médico em que não esteja habilitado, devidamente equipado ou assistido, é outra forma de prevenção que se recomenda.

O paciente não é cobaia, logo, toda e qualquer experiência deve ser afastada, isto é, tanto quanto possível devem se evitar os acertos por tentativas. Assim, práticas ainda não consagradas na medicina devem ser evitadas.

Além disso, o paciente deve ser tratado com a máxima atenção e jamais deverá ser abandonado em meio a um determinado procedimento ou tratamento. Na impossibilidade de continuidade de atendimento, o médico poderá deixar de prestar atendimento desde que proceda com as cautelas devidas: comunicar previamente ao paciente; assegurar continuidade dos cuidados e tratamento; e fornecer informações ao médico que lhe venha suceder.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Cf. Código de ética médica, art. 61.

Finalmente, o médico deverá se abster de realizar consultas ou ministrar prescrições por telefone e, se ainda assim for obrigado a fazê-lo, que o faça de maneira a ter absoluta certeza de que o paciente entendeu perfeitamente tudo quanto foi prescrito.

Estas são algumas das formas que reputamos importantes para que o médico possa se prevenir de uma demanda judicial, porém se a demanda já aconteceu, a melhor prevenção é a contratação de um bom profissional da advocacia e, além disso, não fazer economia no que diz respeito aos custos processuais. Todos têm o dever de contribuir para a efetiva realização da justiça, logo, mesmo sendo réu em qualquer ação, nada obsta que o médico envide todos os seus esforços no sentido de provar e demonstrar o acerto de sua conduta. Assim, poderá requerer perícia, apresentar quesitos, contratar assistente técnico especializado na área de atuação, além de outras medidas. Não se esqueça de que o instituto da inversão do ônus da prova existe para favorecer o consumidor, não o profissional. Assim, provar que agiu de maneira honesta e esmerada é algo também do interesse do médico prestador de serviços.

Nestas circunstâncias, os custos da demanda não devem ser vistos como o principal fator a nortear a defesa médica. Um processo deficientemente instruído poderá implicar em condenação do médico e, se isso acontecer, haverá reflexos negativos para o profissional em dois campos distintos: no campo financeiro, tendo em vista que o valor da condenação pecuniária irá se refletir em seu bolso e, dependendo do valor, poderá até levá-lo à ruína; e, no campo de seus sentimentos íntimos e de afeição, pois poderá se ver condenado sem que nenhuma culpa possa ter existido em seu proceder, gerando, por vias de consequência, uma flagrante, e muitas vezes irreversível, injustiça!...

## 12 Jurisprudência

### 12.1 *Culpa médica e a responsabilidade subjetiva*

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO.** Perfuração da parede uterina, com pequena lesão em alça intestinal, durante procedimento de curetagem. Perícia que indica ser resultado de tal ordem inevitável em certas situações pela própria natureza da intervenção. Ausência de evidências de falha na execução. Lesão percebida em tempo hábil e adequadamente sanada, com ausência de sequelas. Intercorrência não imputável à médica. Obrigação de meios observada. Responsabilidade civil inexistente. Sentença denegatória de indenização por dano moral confirmada. Apelação da autora desprovida (TJSP – Ap 990.10.557542-0 – Taubaté – 2ª CD.Priv. – Rel. Fabio Tabosa – DJe 10.02.2012 – p. 1196).

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CATETERISMO – MÉTODO INVASIVO – ERRO MÉDICO – CULPA DO PROFISSIONAL NÃO EVIDENCIADA – RESPONSABILIDADE CI-**

**VIL AFASTADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – APLICAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA – ART. 6º DO CDC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.** 1 – A conduta profissional, com base em erro médico, somente será suscetível de gerar dano quando, tanto no diagnóstico como no tratamento clínico ou cirúrgico, ficar evidentemente comprovada a culpa do profissional. 2 – Se as circunstâncias fáticas e probatórias colhidas no caderno processual levarem a um juízo de convicção de que o procedimento adotado pelo médico seguiu a ciência médica exigida para o caso, não se evidenciando a negligência ou a imperícia no desempenho da sua profissão, não há falar em imputação por responsabilidade civil. 3 – A inversão do ônus da prova, de acordo com o art. 6º, viii, do CDC, fica subordinada ao critério do julgador, quanto às condições de verossimilhança da alegação e de hipossuficiência, segundo as regras da experiência e de exame fático dos autos, não é, pois, de aplicação imediata e automática. 4 – Apelo improvido. Unanimidade (TJMA – AC 23910-2011 – (110483/2012) – Rel. Des. Raimundo Freire Cutrim – *DJe* 25.01.2012 – p. 77).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – LAQUEADURA – ERRO MÉDICO – OBRIGAÇÃO DE MEIO – REQUISITOS NECESSÁRIOS À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL – INOCORRÊNCIA.** O dever de indenizar encontra suas diretrizes no artigo 186 do Código Civil, o qual determina a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, o dever de reparar o dano – O contrato de prestação de serviços médicos contém essencialmente uma obrigação de meio e não de resultado, posto não assumir seu fornecedor a responsabilidade pela efetivamente, comprometendo-se apenas a utilizar, na sua execução, dos cuidados técnicos e das diligências necessárias no tratamento do paciente. Portanto, para que ocorra a responsabilidade civil do médico, bem como do hospital em que foi prestado o atendimento, faz-se necessária a comprovação do dano, da culpa e do nexo de causalidade (TJMG – AC 1.0194.05.051926-4/001 – 13ª C.Cív. – Rel. Nicolau Masselli – *DJe* 15.02.2012).

**RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR ERRO MÉDICO – ÓBITO DE FETO – NATIMORTO – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.** A responsabilidade civil do médico é subjetiva e repousa em três pressupostos necessários à sua existência, quais sejam: o dano suportado pelo pretendente à indenização o ato do agente e o nexo causal entre o dano e a conduta daquele a quem se atribui a responsabilidade. Sem a coexistência desse tripé, não há como se cogitar de obrigação indenizatória. No caso concreto, a autora não logrou êxito em demonstrar o liame causal entre a conduta do médico e óbito do feto por anoxia fetal (TJMT – Ap 52108/2011 – Relª Desª Clarice Claudino da Silva – *DJe* 26.03.2012 – p. 16).

**APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ERRO MÉDICO – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ERRO MÉDICO – ALEGADA NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA PROFISSIONAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – PROCEDIMENTO ADOTADO EM CONFORMIDADE COM O PROTOCOLO MÉDICO – CONDUTA CULPOSA NÃO EVIDENCIADA – NEXO DE CAUSALIDADE AUSENTE – DEVER DE INDENI-**

**ZAR AFASTADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.** O pedido indenizatório por responsabilidade civil decorrente de serviços médicos baseada em erro de diagnóstico ou de tratamento somente será aceito quando ficar evidentemente comprovado que o profissional da saúde laborou em equívoco, seja por imperícia ou negligência no atendimento; caso contrário, constatado que a intervenção médica, embora ostensivamente presente, não foi suficiente para conter o quadro patológico apresentado, não leva, por si só, à responsabilização (TJSC – AC 2011.049775-7 – 3ª CDCiv. – Rel. Des. Fernando Carioni – DJe 29.08.2011).

**RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – PROVA PERICIAL – DESNECESSIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 130 DO CPC – OBRIGAÇÃO DE MEIO – CULPA NÃO COMPROVADA – PEDIDO IMPROCEDENTE.** 1. A responsabilidade do profissional de medicina por eventual erro deve ser apurada mediante a verificação da culpa, consoante o artigo 14, § 4º, do CDC. 2. Cumpre a autora demonstrar que o diagnóstico e o tratamento foram equivocados e que, dessa conduta, decorreu dano e culpa por parte do médico. Não provado o dano e a culpa inviável reputar ao profissional o dever de indenizar. Desprovimento do recurso (TJRJ – AC 2006.001.64690 – Décima Nona Câmara Cível; Relª Desª Vera Maria Soares Van Hombeeck – j. 13.02.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ATENDIMENTO MÉDICO – ERRO MÉDICO – NÃO CONFIGURAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CONTRATO – OBRIGAÇÃO DE MEIOS – DESPROVIMENTO.** Se ausente a prova de conduta culposa dos médicos ao efetuar diagnóstico que veio a ser ilidido posteriormente, não há obrigação de reparar o dano alegado, seja por força do § 4º do art. 14 do CDC (no que respeita aos profissionais de saúde), seja por força da natureza do contrato de serviço médico, que, salvo exceções pontuais estabelece uma obrigação apenas de meios (TJRJ – AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007).

**APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – NÃO CONFIGURAÇÃO – ART. 14, § 4º, CDC.** 1. O demandado adotou o tratamento recomendado pela doutrina e prática médicas para o caso. A complicação ocorrida. Pseudoartrose de úmero. Não se deu em razão de negligência, imperícia ou imprudência do médico no tratamento do paciente, mas sim por ser complicação comum nesta espécie de lesão. 2. Ainda, não obtendo sucesso com o tratamento conservador. Sendo este recomendável para o caso, e sendo o insucesso previsto e admissível –, o réu prescreveu ao autor cirurgia, que seria a segunda opção de medida curativa. O requerente não o fez, abandonando, assim, o tratamento. 3. A responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal prestador de serviços, é subjetiva, nos moldes do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, de tal modo que é necessário, para a imputação da responsabilidade, a comprovação de que este agiu com culpa. No caso, a prova é inequívoca justamente no sentido contrário, ou seja, da regularidade e retidão da atuação do profissional. 4. Daí não restar configurada, por ausência de pressupostos, a responsabilidade civil. Apelo desprovido (TJRS – AC 70013147327 – Capão da Canoa – Nona Câmara Cível – Relª Desª Íris Helena Medeiros Nogueira – j. 25.01.2006).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO ERRO MÉDICO.** Acompanhamento pré-natal dispensado à gestante e atendimento ao recém-nascido logo após o parto. Adequação.

Menor portador de grave anomalia genética. Ausência de culpa e nexo de causalidade. Inexistência do dever de indenizar. Recurso improvido. Comprovada a ausência de culpa e nexo de causalidade entre o alegado dano e a ação médica, descabe a indenização reclamada, sobretudo quando se verifica que o acompanhamento pré-natal dispensado à gestante e o atendimento ao recém-nascido logo após o parto foram adequados e que as sequelas apresentadas pela criança decorreram de grave anomalia genética detectada ainda durante a gravidez (TJBA – AC 1.478-6/2001 – (18.954) – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Jerônimo dos Santos – j. 04.04.2006).

## **12.2 Imprudência, negligência e imperícia**

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – NEGLIGÊNCIA – INDENIZAÇÃO CABÍVEL – FECUNDAÇÃO IN VITRO – RECURSO ESPECIAL.** 1 – Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC na hipótese em que o não acatamento das argumentações deduzidas no recurso tenha como consequência apenas decisão desfavorável aos interesses do recorrente. 2 – Médico que deixa de prestar assistência pós-cirúrgica a paciente que tem seu estado de saúde agravado, alegando que a piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, mas de outras causas, encaminhando-a a profissionais diversos, deve responder pelo dano ocasionado à paciente, pois deixou de agir com a cautela necessária, sendo negligente. 3 – O conhecimento de recurso especial fundado na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal pressupõe a coincidência das teses discutidas, porém, com resultados distintos. 4 – Recurso especial não conhecido (STJ – REsp 914.329 – (2007/0001491-8) – 4ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 13.10.2008 – p. 869).

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – REJEITADA – ARGUIÇÃO DE ERRO MÉDICO – ALTA MÉDICA – SINTOMAS DE INFECÇÃO – OCORRÊNCIA DE IMPRUDÊNCIA NO AGIR DO MÉDICO APELANTE – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – IMPRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL – ACURADA ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTOS E DOCUMENTOS QUE APONTAM PARA A EXISTÊNCIA DE INFECÇÃO – IMPROVIMENTO.** Não há de ser falar, no caso dos autos, em ilegitimidade ativa, estando bastante habilitados os genitores de Elisângela Nunes de Souza para figurarem no polo ativo da lide. Preliminar rejeitada – Responsabilidade civil subjetiva, quando se trata de indenizar danos decorrentes de ato médico, regra do § 4º, art. 14 do CDC – Verificada a imprudência em relação ao ato de conceder alta médica à paciente enquanto esta apresentava, com base no conjunto fático – Probatório, sintomas característicos de infecção – Presente, pois, o nexo causal entre a conduta do médico e o agravamento da enfermidade da paciente, a qual acabou precisando ser submetida a outra cirurgia que lhe trouxe sequelas irreversíveis – Apelo improvido (TJPE – Ap 0001018-82.2001.8.17.1130 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes – DJe 25.11.2011 – p. 344).

**PRESTADORES DE SERVIÇO MÉDICO – ERRO – MORTE – INDENIZAÇÃO – DANO MATERIAL – PENSÃO PREVIDENCIÁRIA E DO DIREITO COMUM – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – DANO MORAL – VALOR – FIXAÇÃO – HONORÁRIOS DE ADVOGADOS.** Os prestadores de serviço médico são responsáveis pelos danos decorrentes da morte de paciente, quando demonstrado nos autos que agiram de forma negligência ao não adotar os procedimentos necessários em razão da gravidade do quadro clínico da vítima. É devida a indenização por dano material decorrente de erro médico, na forma de pensão mensal, ainda que a parte já receba pensão previdenciária, visto que é admitida sua cumulação com a do direito comum, ante o fato de terem origens distintas. É indenizável o dano moral decorrente da morte de ente querido em razão de ato culposos de médicos que foram negligentes no atendimento à paciente. O arbitramento da indenização decorrente de dano moral deve ser feito caso a caso, com bom senso, moderação e razoabilidade, atentando-se à proporcionalidade com relação ao grau de culpa, extensão e repercussão dos danos, à capacidade econômica, características individuais e o conceito social das partes. O percentual da verba honorária, quando decorrente da condenação em ação indenizatória com vistas à percepção de pensão mensal, deve incidir sobre o somatório das parcelas vencidas, acrescidas de mais 1 (um) ano das prestações vincendas (TJRO – AC 100.001.2004.006073-9 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia – j. 11.04.2007).

**DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE CONHECIMENTO – PEDIDOS INDENIZATÓRIOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – TRATAMENTO MÉDICO – NEGLIGÊNCIA PROFISSIONAL – FALTA DE ACOMPANHAMENTO NA FASE PÓS-CIRÚRGICA – DANOS MATERIAIS – NECESSIDADE DE PROVAS – DANOS MORAIS – VALOR DA INDENIZAÇÃO.** 1. Inconsistente requerimento de cassação da sentença, por cerceamento de defesa, quando a parte, tendo sido inquirida, em audiência de instrução, acerca do interesse na produção de outras provas, nada solicitou. 2. Demonstrado que o erro médico decorreu de negligência do profissional, que não prestou a adequada assistência ao paciente na fase pós-cirúrgica, impõe-se a sua responsabilização civil. 3. Para que possa ser atendida a pretensão condenatória relativa a danos materiais, incumbe à parte interessada discriminar qual o montante dos prejuízos suportados. 4. A fixação do quantum indenizatório, no caso de danos morais, deve buscar uma compensação pecuniária que, com base na capacidade econômica das partes e no potencial lesivo da conduta do réu, não implique em excessiva repreensão, nem em injustificado enriquecimento (TJDFT – APC 20040110880008 – 2ª T. Cív. – Rel. Des. J. Costa Carvalho – DJU 09.08.2007 – p. 80).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – ERRO MÉDICO – APLICABILIDADE DO CDC – ATO CIRÚRGICO BEM SUCEDIDO – NEGLIGÊNCIA AO PRESCREVER A ALTA DA PACIENTE COM FORTES DORES ABDOMINAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.** 1 – No que tange ao procedimento cirúrgico realizado a recorrente não incorreu em qualquer modalidade culposa, mostrando-se adequada a via eleita pela médica. 2 – A responsabilidade da médica encontra-se demonstrada na modalidade negligência, na medida em que prescreveu a alta da paciente mesmo tendo conhecimento das reclamações de fortes dores abdominais. 3 – Configuração dos danos morais e materiais, de modo que deve ser mantido o quantum indenizatório arbitrado pelo MM. Juiz mono-

crático. Decisão mantida. 4 – Recurso improvido (TJES – AC 14050069906 – Terceira Câmara Cível – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Subst. Elisabeth Lordes – j. 04.09.2007 – DJES 19.9.2007, p. 17).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – CULPA DO PROFISSIONAL LIBERAL CARACTERIZADA PELA AUSÊNCIA DE CAUTELAS ESPECIAIS NA CONDUÇÃO DE CIRURGIA EM PACIENTE QUE APRESENTAVA QUADRO COMPLEXO – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – DEVER DE INDENIZAR – PENSÃO MENSAL DEVIDA NOS VALORES QUE A AUTORA PERCEBERIA SE NA ATIVA ESTIVESSE – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – INDENIZAÇÃO ARBITRADA AO EXCLUSIVO ARBÍTRIO DO MAGISTRADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** 1 – Se estava o requerido diante de um caso por demais complexo, em especial, pela modificação anatômica do membro doente da suplicante, por força de outras quatro cirurgias, era absolutamente previsível que encontrasse fibrose no local, donde era de se esperar que tomasse cautelas especiais, como as indicadas pela perícia, e pelas próprias decisões do Órgão da Classe a que pertence. Se não o fez, foi negligente, e via de consequência, praticou ato ilícito, gerador da obrigação de indenizar. 2 – Devido é à autora o pagamento de pensão mensal em valor equivalente ao que receberia se na ativa estivesse, inclusive o percentual de 20% pela prestação de labor em sala de aula. 3 – O acréscimo de 30% na remuneração que o Estado assegura aos professores que possuem curso de especialização, como asseverado na inicial, não é devido para fins de pensionamento, pois se trata de uma mera expectativa de direito, que quiçá não se concretizaria, ainda que as condições de saúde da autora lhe fossem favoráveis. 4 – A fixação do montante devido a título de dano moral, ao qual, no caso, está englobado o dano estético, fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie (TAPR – AC 0263614-8 – (234807) – Curitiba – 18<sup>a</sup> C. Cív. – Rel. Des. Luiz Lopes – DJPR 08.04.2005).

### **12.3 Erro grosseiro (diagnóstico, procedimento ou tratamento)**

**DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ATENDIMENTO MÉDICO GERAL E ESPECIALIZADO PELO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR – ERRO NO DIAGNÓSTICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS AUTORAIS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO – DECISÃO POR MAIORIA.** 1. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes (Art. 14, *caput*, do CDC). 2. Restou comprovado nos autos a existência de defeito na prestação de serviço por parte da apelada, uma vez que não procedeu a exames básicos para o alcance de um diagnóstico certo e preciso, e, além disso, prematuramente, proferiu diagnóstico errado (angina instável), recomendando, ainda, a transferência do apelante para cidade do Recife para que fizesse o cateterismo em caráter de urgência, quando através de uma ultrassonografia e uma endoscopia era possível constatar o problema exato (crise de vesícula). 3. In casu, o defeito na

prestação de serviço veio acarretar danos de natureza material ao apelante, uma vez que teve que arcar com os gastos decorrentes do referido transporte aéreo, mais o deslocamento de seus familiares, além dos danos morais, relativos à agonia física e emocional suportada. 4. Recurso provido. Decisão por maioria (TJ-PE – AC 0121303-8 – Petrolina – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves – Julg. 2.2.2010 – DJEPE 04.05.2010).

**APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – MORTE DE PACIENTE – ERRO MÉDICO – OCORRÊNCIA.** Evidente imperícia e negligência praticada por preposto do nosocômio ao ministrar soro glicosado em paciente portadora de diabetes sem qualquer diagnóstico prévio. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade Objetiva. Presentes os pressupostos do instituto da responsabilidade civil. Dever de indenizar. Prova. Prescindibilidade. Dano in re ipsa. À unanimidade, deram provimento ao apelo (TJ-RS – AC 70039067889 – Tapejara – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga – j. 25.11.2010 – DJERS 10.12.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ERRO MÉDICO – MORTE DE MENINA DE DOZE ANOS DE IDADE, POR BRONCOPNEUMONIA.** Diagnóstico de faringite e inflamação nas vias aéreas superiores cerca de cinco horas antes, sem que fossem observadas cautelas elementares antes da sua dispensa e alta no ambulatório. Condenação bem decretada, provimento parcial dos apelos apenas para reduzir a indenização aos limites do acórdão (TJ-SP – APL 994.03.059049-5 – Ac. 4841443 – São Paulo – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Luiz Ambra – j. 01.12.2010 – DJESP 17.12.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO DE DIAGNÓSTICO – MORTE DE CRIANÇA DE TENRA IDADE POR EMBOLIA E BRONCOPNEUMONIA – CRIANÇA QUE PERMANECU POR TODO O DIA INTERNADA, SOB A FALSA HIPÓTESE DIAGNOSTICADA DE DESIDRATAÇÃO.** Médico que atendeu o paciente notou alteração respiratória (taquipneia, gemência, baixa saturação), mas se limitou prescrever inalação, sem investigar, como seria exigível, a existência de foco infeccioso. Demora excessiva entre a internação e as providências prescritas pelo médico. Paciente que ao longo do dia tem agravamento constante de seu quadro, com recomendação de transferência para UTI infantil, mas permanece sem monitoramento por várias horas. Determinação de extração de chapa do pulmão somente tomada por médica que assumiu o plantão noturno, momentos antes da morte da criança. Comportamento omissivo culposo do médico que assistiu a criança durante o dia, na modalidade negligência. Responsabilidade solidária, que se estende ao hospital. Improcedência da ação quanto ao médico Eduardo, que não acompanhou a evolução do quadro do pequeno paciente, e teve com este apenas breve contato. Indenização por danos morais fixada em R\$ 80.000,00, atualizada a contar desta data e acrescida de juros de mora contados da citação. Recurso dos autores parcialmente provido (TJ-SP – APL 990.10.272264-3 – Ac. 4709928 – Osasco – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 09.09.2010 – DJESP 06.10.2010).

**DIREITO DO CONSUMIDOR – EXAME MÉDICO – ERRO NO DIAGNÓSTICO – DANO MORAL.** 1– o fornecedor de serviços responde independentemente de culpa, tendo em conta o disposto no art. 14 do CDC, e se exime do dever de indenizar se provar que o

serviço prestado não era defeituoso. 2 – ausência, na hipótese, de qualquer prova que aponte para a correção do serviço prestado. Falha no serviço caracterizada, a medida que se diagnosticou ser o autor portador de câncer no esôfago, quando não era. Dano moral configurado *in re ipsa*. 3 – recurso a que se dá provimento (TJ-RJ – APL 2009.001.31043 – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Claudio de Mello Tavares – j. 23.09.2009 – DOERJ 07.10.2009 – p. 152).

**DANO MORAL – ERRO MÉDICO – FALSO DIAGNÓSTICO – CIRURGIAS INDEVIDAS. PARAPLEGIA – QUANTUM COMPENSATÓRIO MANTIDO.** Mesmo que se tenha como certo que a paraplegia decorreu do não tratamento imediato à doença de que a paciente era portadora, em face de diagnóstico errado e submissão a cirurgias indevidas, evidencia-se o nexo de causalidade entre o erro médico e as desastrosas consequências havidas. Para a fixação do quantum devido a título de danos morais, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função, compensatória e penalizante, além do fato de que a indenização não se presta a propiciar o enriquecimento do lesado (TJDF – AC 2003.01.1.087811-9 (Ac. 282845) – Segunda Turma Cível – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Carmelita Brasil – DJU 02.10.2007, p. 110).

**ERRO MÉDICO – COMPLICAÇÕES PÓS-CIRÚRGICAS – SÍNDROME COMPARTIMENTAL – INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL COM BASE NO ARTIGO 400, INCISO II, DO CPC – FACULDADE DO MAGISTRADO DE DECIDIR QUAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SÃO NECESSÁRIOS AO SEU JULGAMENTO.** Laudo pericial apontando negligência do cirurgião no diagnóstico e atendimento aos sintomas de complicações. Conduta culposa que ensejou a amputação do braço direito do paciente. Responsabilidade do anestesista afastada pelo perito judicial. Dever de indenizar: culpa subjetiva do artigo 14 § 4º da Lei nº 8.078. Possibilidade de acumulação dos danos estéticos e moral. Súmula nº 96 do TJ-RJ. Reparações arbitradas em 50 mil reais para cada um dos danos sofridos. Ação secundária improcedente. Confirmação. Apelação e agravo retido desprovidos (TJRJ – AC 2007.001.03952; – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto – j. 14.02.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – ERRO MÉDICO – IATROGENIA – OCORRÊNCIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA MODIFICADA.** Considerando que o conjunto probatório autoriza creditar ao réu a série de infortúnios suportados pelos autores, genitores do paciente que, submetido a seus cuidados, apenas lhe ministrava medicamentos, exagerando no diagnóstico bem como desconsiderando o resultado negativo dos exames, e que sem nenhuma necessidade lhes encaminhou para outra unidade da federação, quando o tratamento poderia ter sido resolvido no próprio local, impõe-se, portanto, a procedência da demanda. (TJRO – AC 100.003.2006.000019-0 – Primeira Câmara Cível – Rel. Juiz Raduan Miguel Filho – j. 06.02.2007).

**DANO MORAL – ERRO MÉDICO – ERRO GROSSEIRO DE DIAGNÓSTICO – PROCEDIMENTOS INCORRETOS – MORTE DE RECÉM-NASCIDO.** Negligência. Caracterização. Indenização devida. Responsabilidade da prestadora de serviços de saúde. Reconhecimento. Recurso provido (TJSP – APL 245.979-4/9 – Jundiaí – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 30.03.2006).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO.** Criança com diagnóstico de amigdalite que evoluiu para infecção generalizada e meningite, vindo a falecer. Hipótese em que o médico não agiu com o zelo necessário no diagnóstico e prognóstico da vítima. Alegação do profissional de liberação do paciente após o exame, pois não se apresentavam os sinais meníngeos. Recusa da internação após piora acentuada do estado da paciente. Ausência de indagação do médico sobre eventual vacinação da criança contra meningite, que aliás, não havia ocorrido. Previsibilidade da evolução do quadro clínico. Erro do diagnóstico evidenciado. Indenizatória parcialmente procedente. Recurso do réu provido em parte para reduzir a indenização (TJSP – AC 208.685.4/6-00-Limeira – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Fábio Henrique Podestá – j. 23.11.2005).

**DANO MORAL – NEGLIGÊNCIA MÉDICA – APLICAÇÃO DE GLICOSE – EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS – NEXO – COMA DIABÉTICO – INVALIDEZ PARCIAL.** A aplicação de soro glicosado em paciente diabético com agravamento do quadro clínico, levando-o ao coma, indica o nexo causal entre o atendimento médico e a invalidez resultante do agravamento da enfermidade (TJRO – AC 100.012.2002.002010-6 – C.Esp. – Rel. Des. Eliseu Fernandes – j. 19.10.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – MORTE DE RECÉM-NASCIDO – NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO.** Erro de diagnóstico prestado no dia anterior ao nascimento acarretando demora no parto. Nexo causal demonstrado. Cabimento da indenização por danos morais. Danos materiais só quanto ao ressarcimento das despesas necessárias e comprovadas. Pensionamento mensal afastado em face da tenra idade da vítima. Recurso provido nesse sentido para esse médico (TJSP – AC 226.301-4/7-00–São Paulo – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Caetano Lagrasta – j. 01.11.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – INDENIZAÇÃO.** Médica ginecologista que não constata, em paciente, gravidez tubária ectópica por falta de prudência e diligência na pesquisa de sintomas, submetendo-a a tratamento de cisto ovariano. Indenização que se legaliza para compensar a dor moral da eliminação do poder de procriação natural da mulher que, por acontecimento anterior, perdeu a tuba esquerda e, com a evolução da prenhez ectópica não diagnosticada, teve de extirpar a tuba direita. Provimento, em parte, para reduzir o valor da indenização, pela falibilidade dos métodos de conservação das trompas em situações do gênero (TJSP – AC 246.225-4/6-00-São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Zuliani – j. 29.09.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL PÚBLICO – ERRO DE DIAGNÓSTICO – DANOS FÍSICOS, MORAIS E MATERIAL – CARACTERIZAÇÃO – INDENIZAÇÃO – OBRIGATORIEDADE – ADMINISTRATIVO – DANO MORAL E MATERIAL – ERRO DE DIAGNÓSTICO.** I – Erro no diagnóstico clínico emitido por funcionário do hospital do Andaraí, com resultado de AIDS. II – Dano moral plenamente caracterizado em vista da penúria física e sentimental por que passou o autor. III – Dano material, consistente na perda das duas pernas, que, se não foi causada diretamente pelo diagnóstico equivocado de AIDS, o foi indiretamente pela debilitação acelerada que sofreu o organismo do paciente com a ingestão por cinco anos seguidos do medicamento AZT. IV – Apelação da União Federal e remessa necessária improvidos. Apelação do autor, parcialmente provida (TRF 2ª R. – AC 281506/RJ – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Carreira Alvim – DJU 06.12.2004, p. 104).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL MUNICIPAL – PRESCRIÇÃO – ARGUIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO – PRAZO PRESCRICIONAL – DECRETO-LEI Nº 20.910/32 – MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – DIAGNÓSTICO INADEQUADO – NÃO COMPROVAÇÃO – PROVA PERICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE, NO CASO – INSUFICIÊNCIA DA PROVA ORAL – CULPA NÃO COMPROVADA.** 1 – A prescrição pode ser arguida em qualquer instância pela parte a quem aproveita. Art. 162 do Código Civil de 1916. 2 – O prazo prescricional de qualquer pretensão contra o Município é de cinco anos, na forma do art. 1º do Decreto-lei nº 20.910/32, e não vinte anos, como previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. 3 – Como a responsabilidade civil do médico é subjetiva, assume especial relevo a realização de prova pericial para comprovação de sua culpa por erro de diagnóstico, sendo insuficiente, para tanto, somente a prova oral. 4 – Sentença reformada em parte em sede de reexame necessário. 5 – Apelação do Município e recurso adesivo do autor não conhecidos. 6 – Apelação do requerido provida (TAPR – RNAC 0255724-4 – (224940) – São José dos Pinhais – 6ª C. Cív. – Rel. Juiz Luiz Carlos Gabardo – *DJPR* 10.12.2004).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – ERRO DE CONDUTA EM TRABALHO CIRÚRGICO E NÃO PROPRIAMENTE ERRO PROFISSIONAL.** Caso em que paciente, ao se submeter a operação de extração de cisto na coluna, sai do hospital com queimadura de 3º grau, em formato circular de 7 cm. de diâmetro, na parte inferior frontal da perna esquerda, provocada por bisturi elétrico aquecido. Erro, na verdade, grosseiro, que se imputa à falta de vigilância do médico cirurgião que, independente de estar o equipamento com falha, jamais poderia permitir o contato dele em região do corpo fora do raio de ação cirúrgica. Condenação mantida. Não provimento (TJSP – AC 261.405-4/8–Araçatuba – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 28.07.2005).

## **12.4 Consentimento informado**

**RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – ART. 14 DO CDC – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CASO FORTUITO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.** 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso Especial A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Superior Tribunal de Justiça STJ – REsp 1.180.815 – Proc. 2010/0025531-0 – MG – Terceira Turma – Relª Minª Fátima Nancy Andrichi – j. 19.08.2010 – *DJE* 26.08.2010).

**DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL – MÉDICO – CIRURGIA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CONSENTIMENTO INFORMADO – VALOR DA CONDENAÇÃO.** 1 – Hospital, como fornecedor de serviços médicos, responde, objetivamente, por erro médico ocorrido durante cirurgia realizada em suas dependências, sobretudo se prestou parte dos serviços. E o médico, responsável pela cirurgia, responde mediante demonstração de culpa. 2 – É de resultado a obrigação em contrato para realizar cirurgia estética. Segue que, se o resultado pode ser melhorado, a cirurgia não atingiu o grau de satisfação esperado. Se não atingiu, a obrigação não foi adimplida a contento. 3 – Documento vago e impreciso, que não informa o paciente quanto aos riscos da cirurgia a ser realizada, não supre a exigência de efetivo consentimento informado. 4 – São indenizáveis danos materiais, consistentes nas despesas médico-hospitalares decorrentes da cirurgia e dos cuidados exigidos no pós-operatório, especialmente diante da necessidade de cirurgia reparadora. 5 – O valor de indenização por dano moral deve ser fixado prudente e moderadamente, levando em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade e atendendo às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. 6 – Apelações dos réus providas em parte. Apelação da autora não provida (TJ-DF – Rec. 2006.03.1.023316-2 – Ac. 464.615 – Sexta Turma Cível – Rel. Des. Jair Soares – DJDFTE 26.11.2010 – p. 297).

**CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA PLÁSTICA – DANO MORAL.** O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg-Ag 818.144 – Proc. 2006/0194230-5-SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 09.10.2007 – DJU 05.11.2007 – p. 264).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – LIGADURA DE TROMPAS – SENTENÇA REFORMADA – A LAQUEADURA DE TROMPAS SOMENTE É FEITA PELO MÉDICO COM O CONSENTIMENTO DA PACIENTE, CONTUDO, NÃO É NECESSÁRIO QUE SEJA DADO POR ESCRITO, ADMITINDO-SE QUE O SEJA VERBAL – NADA HÁ QUE O IMPONHA SOB A FORMALIDADE DA LITERALIDADE – O PROCEDIMENTO DO MÉDICO NÃO SE MOSTRA DESVIADO DA MORAL E DA ÉTICA – AUSENTE VÍCIO DE CONSENTIMENTO.** O que parece ter ocorrido foi arrependimento do ato, mas, lastimavelmente, a Autora deveria ter pensado melhor antes de autorizar a ligadura das suas trompas, prevendo, inclusive, todas as consequências, por mais funestas que pudessem ser. Recurso de apelação provido para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Recurso adesivo prejudicado (TJ-RJ – AC 2006.001.67409 – Décima Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo – j. 13.02.2007).

**INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO.** A laqueadura ineficaz e sem a prova de informações do médico quanto ao risco de nova gravidez, se esta ocorre após a cirurgia, acompanhada de transtornos psicológicos e abortecimentos indesejados, dá ensejo ao dano moral e sujeita a clínica procurada e o cirurgião à indenização pelos danos causados (TJRO – AC 100.004.2002.005784-2 – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Gabriel Marques de Carvalho – j. 06.12.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO – NEGLIGÊNCIA – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA.** Responsabilidade civil. Médico.

Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido (STJ – REsp 436.827 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 18.11.2002 – p. 228).

# Erro Médico em Cirurgia Plástica

---

## 1 Notas introdutórias

A cirurgia plástica de caráter meramente estético já foi muito combatida no passado recente. Provavelmente, pelo seu caráter de cirurgia posta a serviço das vaidades fúteis ou do processo de rejuvenescimento muitas vezes inatingível e desnecessário. Contudo, isto faz parte de um passado.

Atualmente não há como negar a importância desse tipo de intervenção médica que, em muitas circunstâncias, colabora para que o paciente recomponha a sua autoestima, a confiança e o amor próprio. Não se pode descuidar do fato de que após se submeterem a uma cirurgia plástica, indivíduos que antes se escondiam por vergonha ou por complexo de inferioridade, reconquistaram a confiança e tornaram-se felizes e saudáveis. Esse tipo de cirurgia pode recompor o corpo, e como consequência proporcionar satisfações de espírito, afastando conturbações e complexos derivados de alguma anomalia. Como assevera Aguiar Dias, não é só o ator que se vê na contingência de bater à porta do cirurgião esteta, pois um defeito físico que importe fealdade pode ocasionar sérias neuroses, determinando grande sofrimento podendo levar seu portador até as raias do suicídio.<sup>1</sup>

No entanto, como delimitar o que seja uma intervenção motivada pela necessidade, ainda que psicológica, daquela que é escudada única e exclusivamente numa vaidade fútil? Sabemos que muitas pessoas procuram o cirurgião plástico visando a uma intervenção que os torne parecidos com determinado ídolo do cinema, da arte, da música, ou, pior ainda, quando desejam aquela operação tão somente porque está na moda. Outros se servem da cirurgia plástica para corre-

---

<sup>1</sup> *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 299.

ções que lhes devolvam a autoestima, melhorando-lhes a aparência e facilitando a aceitação em sociedade. Há ainda aqueles que dela se servem até como uma necessidade profissional, tal qual o modelo que necessita manter suas formas e beleza, como verdadeiro instrumento de trabalho.

Como esse tipo de intervenção se popularizou, conseqüentemente ampliou-se a sua utilização e fez crescer o número de casos envolvendo erro médico. De outro lado, sua popularização fez surgir diversos oportunistas que, sem nenhuma especialidade, se aventuram neste campo da medicina com resultados funestos, conforme tem sido constantemente divulgado pela mídia. Mais grave ainda é ver profissionais dessa especialidade indo a programas de TV e oferecerem seus milagrosos serviços publicamente, garantindo transformar simples senhoras em exemplos de beleza. Atualmente existem consórcios e até planos mediante carnês, além de bônus e prêmios, para viabilizar o custeamento das despesas com a realização desse tipo de cirurgia.<sup>2</sup>

Em face desses desvios é que nossos Tribunais têm sido mais severos ao analisar questões envolvendo erro médico do cirurgião plástico. E com razão, tendo em vista que *“a promessa de beleza fácil é rapidamente esquecida pelo mau profissional que muitas vezes consegue esconder-se atrás da iatrogenia ou, ainda, atrás da perfeição técnica do seu trabalho, nada obstante a mancha grossa de seu caráter que o fez iludir o leigo, que o impeliu a vender aquilo que ele antecipadamente, sabia ser impossível de realizar”*.<sup>3</sup>

## 2 Cirurgia corretiva e de embelezamento

No tocante às cirurgias plásticas há que se fazer uma diferença entre a intervenção cirúrgica com caráter corretivo e aquelas que se destinam exclusivamente a melhorar a aparência, também chamada de cirurgia de embelezamento. Isto se justifica tendo em vista tratar-se de situações bem distintas: na de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a cirurgia melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que se busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.

Nos casos de cirurgias corretivas, seja em razão de problemas congênitos, seja em razão de deformidade decorrente de acidente, o cirurgião plástico atuará com a obrigação de aplicar toda a sua diligência e técnica disponível para eliminar ou corrigir o defeito, não podendo se comprometer com os resultados da empreitada, de tal sorte que sua obrigação será de meio.

<sup>2</sup> Nesses casos o CREMESP, que condena tal prática, tem aberto processos ético-disciplinares com base em três artigos do Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009): o art. 51, que proíbe praticar concorrência desleal com outro médico; o art. 71, que veda ao médico oferecer seus serviços como prêmios em concurso de qualquer natureza; e o inciso IX dos princípios fundamentais: A medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio.

<sup>3</sup> Patrícia Panisa. *O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica*, p. 181.

No que diz respeito à cirurgia embelezadora, também chamada de cosmética, não se pode dizer o mesmo. A toda evidência que, quando alguém busca os serviços de um cirurgião plástico com a finalidade de melhorar sua aparência, não irá se submeter aos riscos de uma cirurgia e ao pagamento de vultosa quantia, se não obtiver do profissional as garantias de sucesso quando ao fim colimado. Dessa forma, o médico assume obrigação de resultado e responderá pelo eventual insucesso da empreitada.

A lógica de tal concepção se assenta no fato de que o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, busca um fim em si mesmo, tal qual a nova conformação do nariz, a remoção de gorduras incômodas, a supressão de rugas, a remodelação das pernas, seios, queixos etc. Sendo assim, o que o paciente espera do cirurgião plástico não é que ele se empenhe em conseguir um resultado qualquer, mas que obtenha o resultado preconizado.<sup>4</sup>

Nestas circunstâncias, a cirurgia não vindo a atender às expectativas do paciente, poderá ensejar a responsabilização do profissional médico que, embora continue sendo subjetiva, responderá com culpa presumida, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a ocorrência de fatos ou atos que possam ilidir o dever de indenizar. Nesse sentido já se decidiu que a relação jurídica travada entre o cirurgião plástico e a paciente que visa preponderantemente ao embelezamento envolve obrigação de resultado, porquanto atividade médica que extrai da vaidade humana substancial fonte de renda e que, portanto, se submete, com mais rigor, por imperativo lógico-jurídico, às normas protetivas do consumidor.<sup>5</sup>

Por isso mesmo o mestre Caio Mário já de longa data afirmava que a cirurgia estética gerava obrigação de resultado e não de meio considerando que o cliente quando procura o cirurgião plástico o faz tendo em mente corrigir uma imperfeição ou melhorar a sua aparência. *“Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção.”*<sup>6</sup>

O que impende considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete e se compromete com um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive com detalhes, esse novo resultado estético procurado pelo cliente. Alguns se utilizam até mesmo de programas de computador para projetarem a nova imagem desejada (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem nenhuma dúvida, entre médico e paciente uma relação contratual de resultado que deve ser honrada. Portanto, *pacta sunt servanda*.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Silvio Rodrigues. *Direito Civil*, v. 4, p. 252.

<sup>5</sup> TJRS – AC 70005956032 – Passo Fundo – 6ª C. Cív. – Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior – j. 29.12.2004.

<sup>6</sup> *Responsabilidade civil*, p. 157.

<sup>7</sup> Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 416.

Dessa forma, tratando-se de cirurgia estética cujo resultado tenha sido mal-sucedido, desse só fato emerge a responsabilização do médico e a consequente obrigação indenizatória pelo resultado não atingido, cujo montante deverá abranger as despesas efetuadas com a própria cirurgia, dano moral em razão do sofrimento, dano estético em razão das eventuais sequelas, bem como verba para custear o tratamento e novas cirurgias.<sup>8</sup>

Nessa linha de proceder cumpre trazer à baila posicionamento do Ministro Waldemar Zveiter, em julgado do qual foi relator, de cuja emenda se extrai: “*Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade*”, considerando ainda, ser “*cabível a inversão do ônus da prova.*”<sup>9</sup>

Cumpre registrar por fim que existem algumas divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, porém há uma tendência amplamente majoritária (quase unânime) que considera a cirurgia estética de embelezamento como uma obrigação de resultado. Contudo, existem aqueles que consideram que os riscos presentes numa cirurgia plástica são os mesmos de qualquer outra atividade médica, sendo assim, obrigação de meio. Dentre estes, cabe destacar o sempre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior que afirma: “*Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.*”<sup>10</sup>

Nos dois casos, seja cirurgia corretiva ou de embelezamento, a apuração da responsabilidade do médico continua sendo subjetiva, isto é, aferida mediante a comprovação da culpa, conforme estabelecido no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º). Ocorre, porém que na corretiva a responsabilidade é subjetiva com culpa provada (ônus do lesado), e na de embelezamento a responsabilidade continua sendo subjetiva, porém com culpa presumida (ônus do médico).<sup>11</sup>

### 3 Dever de informação

Já vimos que dentre os deveres do médico há um que é inarredável qual seja, o de obter o consentimento informado do seu paciente antes de promover qualquer tratamento de risco ou intervenção cirúrgica, por expressa de-

<sup>8</sup> Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves in *Responsabilidade civil*, p. 366-367.

<sup>9</sup> STJ – REsp 81101 – PR – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 31.05.1999 – p. 140.

<sup>10</sup> Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica (RJ)* nº 231, p. 122.

<sup>11</sup> Assim também Sergio Cavalieri Filho in *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., p. 370.

terminação do Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1.931/09, art. 59). Mas não é só uma obrigação ética do médico, sendo uma obrigação também legal, nos termos do art. 15 do Código Civil.<sup>12</sup> Além disso, é um direito do cliente/consumidor (CDC, art. 6º, III).<sup>13</sup>

Na cirurgia embelezadora, o dever de informação desempenha papel relevante, seja no que diz respeito ao médico, seja no que diz respeito ao paciente. Por isso mesmo, Miguel Kfoury Neto assevera que o médico deve, “*em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmos os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir*”<sup>14</sup> naquele organismo sadio.

De outro lado, é importante considerar que em qualquer tipo de cirurgia plástica, seja de embelezamento ou corretiva, o conceito de bom resultado pode não ser o mesmo para o paciente e para o profissional, em face das divergências de valorações subjetivas. Por isso mesmo adverte Alberto Bueres que, a fim de evitar esse tipo de problema, se recomenda ao cirurgião que trate de captar o mais fidedignamente a ideia do paciente acerca do que espera alcançar com a operação, e que indague também sobre o alcance psicológico que ele ostenta em face do defeito físico. Assim mesmo, o consentimento informado deve ser feito de uma forma prolixa e pormenorizada, atendendo aos fins cosmético, e não curativos, do que se pretende.<sup>15</sup>

O sempre atual Aguiar Dias, referindo-se à cirurgia estética, advertia: “*embora reconhecida a necessidade da operação, deve o médico recusar-se a ela, se o perigo de intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente*”.<sup>16</sup> Alertava, ainda, de que nada valia o consentimento do cliente se o médico não provasse que a operação não oferecia riscos desproporcionais em relação aos objetivos a serem buscados. Na matéria em que predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública, não vale a máxima *volenti non fit injuria*.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> CC, art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>13</sup> CDC, art. 6º São direitos básicos do consumidor:  
(omissis)

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

<sup>14</sup> *Responsabilidade civil do médico*, p. 153.

<sup>15</sup> *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 709.

<sup>16</sup> *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 301.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

## 4 Jurisprudência

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – ART. 14 DO CDC – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CASO FORTUITO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.** 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva, o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.180.815 – 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 26.08.2010).

**CIRURGIA PLÁSTICA MALSUCEDIDA – SUPERVENIÊNCIA DE CICATRIZ NO ROSTO – DEFORMIDADE – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DANO ESTÉTICO – DANO MORAL – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – CIRURGIA PLÁSTICA – ESTÉTICA FACIAL, RUGAS E NARIZ.** A responsabilidade civil do cirurgião plástico é subjetiva, sendo de resultado a obrigação assumida. Precedente do STJ. Laudo pericial que constatou que não foi empregada a melhor técnica no procedimento, atestando a culpa do réu, que tinha o ônus de provar culpa exclusiva da vítima, o que não ocorreu. Resultado desastroso. Prejuízos à fala e movimento da boca, língua e músculos faciais. Fotografias que comprovam a ocorrência de erros grosseiros resultantes da cirurgia, constatando-se que o autor sofreu a perda do canto palpebral, além da perda da capacidade de mobilização labial. Alegações de que o autor não observou as recomendações do pós-operatório que não restaram comprovadas. Dano estético em grau quatro, considerando uma classificação de cinco níveis, que deve ser duplicado. Dano moral configurado, que também deve ser dobrado, de modo a se adequar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sentença que não é ultra petita, havendo pedido explícito do autor quanto à indenização por danos materiais. Provimento parcial do apelo do autor. Provimento parcial do recurso do réu, para determinar que a incidência dos juros de mora referentes às indenizações por danos materiais e estéticos se dê a partir da citação, enquanto que a correção monetária, referente à indenização por danos materiais, remonte à data do desembolso da quantia a ser devolvida, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada (TJRJ – AC 0026319-23.2002.8.19.0004 – 6ª C.Cív. – Relª Desª Claudia Pires – *DJe* 10.11.2011 – p. 11).

**CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA – LIPOASPIRAÇÃO – LESÕES E CICATRIZES – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROFISSIONAL MÉDICO – DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E PATRIMONIAIS – CONFIGURAÇÃO – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.** A obrigação assumida pelo médico que realiza

cirurgia plástica embelezadora é de resultado e não meio, uma vez que o profissional se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado previamente acordado. Em tais casos, basta que a vítima demonstre o dano para que a culpa se presuma. Havendo nos autos acervo probatório respaldado em laudo pericial e fotografias demonstrando a existência de lesões e cicatrizes pelo corpo da paciente, é patente a configuração da responsabilidade civil do médico, que não alcançou o resultado prometido e contratado. Os danos materiais, morais e estéticos, ainda que oriundos do mesmo fato são cumuláveis. Os prejuízos materiais decorrentes de cirurgia plástica malsucedida são concernentes aos honorários médicos pagos ao profissional, os danos morais decorrem da humilhação e constrangimento da paciente, e os estéticos dos defeitos físicos oriundos da intervenção desastrosa (TJ-MT – APL 32174/2010 – Capital – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Orlando de Almeida Perri – j. 10.08.2010 – DJMT 20.08.2010 – p. 13).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – CICATRIZES ABERRANTES – ESTADO GRAVE DEPRESSIVO.** Responsabilidade do médico assentada na falha do dever de informar. Cabe ao médico informar ao paciente acerca de eventuais danos e riscos advindos do processo a que se submete por intervenção cirúrgica. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Quantum indenizatório mantido em atendimento às particularidades das circunstâncias do fato e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Valor majorado. Tratando-se de responsabilidade civil contratual, os juros moratórios incidem desde a citação. Inteligência do art. 219 do CPC. Desproveram a apelação do réu e proveram, em parte, a apelação da autora. Decisão unânime (TJ-RS – AC 70033517939 – Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 28.10.2010 – DJERS 10.12.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MATERIAL E MORAL – CIRURGIA PLÁSTICA. NATUREZA REPARADORA E NÃO ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO – DANO DEMONSTRADO – CULPA TAMBÉM EVIDENCIADA PELO FATO DO MÉDICO NÃO TER INFORMADO O RISCO DA CIRURGIA ESTÉTICA REPARADORA QUE A AUTORA CORREU – INDENIZAÇÃO BEM ARBITRADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO – “NAS OBRIGAÇÕES DE MEIO, À VÍTIMA INCUMBE MAIS DO QUE DEMONSTRAR O DANO, PROVAR QUE ESSE DECORREU POR CULPA POR PARTE DO MÉDICO, SITUAÇÕES EVIDENCIADAS NO PROCESSO.** De outro lado, o apelante não demonstrou pelos meios de prova admissíveis que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, por motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da paciente” (TJ-SP – APL 994.05.013076-0 – Ac. 4682890 – São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Octavio Helena – j. 29.07.2010 – DJESP 30.09.2010).

**CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA PLÁSTICA – DANO MORAL.** O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não pro-

vido (STJ – AgRg-Ag 818.144 – Proc. 2006/0194230-5-SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 09.10.2007 – DJU 05.11.2007 – p. 264).

**INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANO MORAL CONFIGURADO.** Sendo a cirurgia plástica uma obrigação de resultado, deve o médico operador zelar por garantir a obtenção do resultado prometido ao paciente, obrigando-se a indenizá-lo pelos danos sofridos, quando a intervenção der causa a cicatrizes anteriormente inexistentes. O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. Assim, restando comprovada a existência de cicatrizes decorrentes de cirurgia plástica procedida sem os cuidados necessários, patente o dever de indenizar (TJMG – AC 1.0024.04.339823-9/0021 – Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j. 12.09.2007 – DJEMG 22.09.2007).

**CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO ORDINÁRIA EM QUE OBJETIVA A AUTORA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE TERIA SOFRIDO, EM VIRTUDE DE ALEGADO ERRO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMAS A QUE SE SUBMETEU PERANTE O RÉU – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA – A RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS, EM PRINCÍPIO, É BASEADA NA CULPA (ART. 14, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR), MAS, NOS CASOS DE CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** Conjunto probatório dos autos que permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela autora através da cirurgia plástica de mamas realizada pelo cirurgião-réu, o que lhe acarretou, inclusive, cicatrizes irregulares e assimetria mamária, consoante apontado pela prova técnica. Serviço mal prestado. Obrigação de indenizar caracterizada. Danos materiais demonstrados. Dano moral e estético igualmente configurados. Quantificações dotadas de proporcionalidade e razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, a não merecer modificação. Os juros moratórios devem incidir a partir da citação, por versar a hipótese ilícito contratual. Sentença mantida. Desprovimento dos recursos (TJRJ – AC 2007.001.08531 – Décima Sétima Câmara Cível – Relª Desª Maria Ines da Penha Gaspar – j. 21.03.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DEVER ÉTICO DE INFORMAÇÃO SOBRE POSSÍVEIS RISCOS – QUANTUM DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO COM RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA.** Tratando-se de procedimento cirúrgico de ordem estética a obrigação é de resultado. Simples conversa genérica no consultório médico é insuficiente no cumprimento do dever ético de informação acerca de possíveis riscos de uma cirurgia plástica em pessoa fumante. Caracterizada a ocorrência de danos morais em virtude do dano estético, adequado apresenta-se o valor da indenização fixado em consonância com o princípio da razoabilidade (TJDFT – APC 20010110791219 – (250584) – Rel. Des. João Mariosa – DJU 15.08.2006 – p. 84).

**CIVIL E PROCESSUAL – CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II – Cabível a inversão do ônus da prova. III – Recurso conhecido e provido (STJ – REsp 81101 – PR – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 31.05.1999 – p. 140).

**CIRURGIA PLÁSTICA.** Operação malsucedida que foi contratada para reduzir o volume das mamas e eliminar resquícios de cesariana, proporcionando aparência pior, com inequívoca lesão de valores morais da mulher desfigurada. Obrigação de resultado cujo descumprimento se prova pela simples adversidade do serviço. Provimento para condenar o cirurgião plástico em valor que compensa danos morais em sentido estrito e danos estéticos (TJSP – AC 192.514-4/8 – Mogi-Mirim – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 28.07.2005).

**CIRURGIA PLÁSTICA – INSUCESSO DA OPERAÇÃO.** Tendo sido provado, cumpridamente, o erro médico que levou a paciente a ser portadora de grave lesão mamária, importa que o cirurgião suporte os ônus de sua imperícia, devolvendo à Autora os honorários que recebeu, que pague nova cirurgia, a ser realizada por médico de escolha da Autora, tratamento psicoterápico e, por fim, dano moral fixado em 100 salários-mínimos. O perito, sendo médico, está apto a proceder à perícia, não havendo necessidade de ter especialidade em cirurgia plástica. Não houve cerceamento de defesa, porque não há prova de que o assistente técnico tenha convocado a Autora para exame, circunstância que somente foi aventada em recurso (TJRJ – Ac. unân. da 3ª Câm. Cív. – Ap. 3.924/97 – Rel. Des. Gustavo Leite, j. 27.01.1998 – COAD – v. 2, p. 127).

**CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** Em se tratando de cirurgia plástica estética, inconcusso que, dispondo-se o profissional a procedê-la, o resultado deve se mostrar satisfatório, ressalvadas complicações posteriores ou intercorrências cirúrgicas, o que não houve. Daí por que, além do mais, o cirurgião Réu descumpriu a contratação, que, na espécie, é de resultado. Tudo, pois, a determinar a procedência da ação. Quanto ao valor da indenização, era, *data vênia*, de ser fixado em proporções mais elevadas. A Autora, todavia, não apresentou apelação, limitando-se a requerimento nas contrarrazões, o que não tem o efeito de propiciar a majoração da verba, impróprio o meio (TJSP – Ac. unân. da 5ª Câm. de Direito Privado – Ap. Civ. 247.667.1/9-00 – Rel. Des. Ivan Sartori, j. 18.12.0997 – COAD – v. 3, p. 139).

## Erro Médico do Anestesista

---

### 1 Notas introdutórias

A responsabilidade do médico anestesista é assunto da maior relevância, mormente em face dos casos que diuturnamente são noticiados, onde acidentes anestésicos são responsáveis por mortes ou por deformações de caráter permanentes. Notórios são os casos como o da famosa cantora Clara Nunes; do pianista Luiz Carlos Vinhas; do vocalista da banda LS Jack, Marcus Menna Barreto da Silveira; da modelo Cláudia Liz; e de tantos outros que, gozando de boas condições de saúde, foram submetidos a cirurgias simples, como de extração de varizes, de amídalas ou lipoaspiração, e terminaram por encontrar a morte ou sobreviveram com sequelas graves, em decorrência de acidentes anestésicos.

O mestre Antonio Chaves, após definir imprudência como sendo a descuidada, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor, relata o caso do jogador de futebol e oficial das forças armadas árabes Ahmed Atig Hamed, recolhido ao hospital Centro Médico de Campinas, em julho de 1985, para uma cirurgia simples: remoção de um osso acessório do tornozelo direito. Informa o mestre que o jogador foi abandonado aos cuidados de uma médica residente, sem habilitação necessária, e que não lhe havia sido antecipadamente apresentada como integrante médica. O despreparo da médica era visível, pois errou, por duas vezes sucessivas, a aplicação de uma injeção no braço do jogador o que o teria deixado “intraquilo”. Além do mais, a anestesista deixou a sala de cirurgia por um longo período para ir conversar com outro médico do hospital “sobre um problema relacionado à compra de um computador”, só retornando ao ser chamada às pressas para socorrer o jogador. Não bastasse a imprudência da profissional anestesista, constatou-se que na sala não havia um desfibrilador, e esse equipamento demorou a ser

acoplado a um cardioscópio e aplicado ao paciente, pois se encontrava em outra dependência do hospital. Daí que o resultado trágico não poderia ser outro: o atacante do Al Nasser Club, de Dubai, sofreu um choque anestésico e morreu após permanecer alguns dias em coma profunda.<sup>1</sup>

Casos como os já relatados proliferam em nossos hospitais e talvez não tenham notoriedade em face do anonimato das vítimas. Contudo, é importante anotar que o anestesista ocupa hoje uma posição autônoma no campo da responsabilidade médica, porquanto tal atividade pode ser destacada do conjunto do atendimento prestado ao paciente. O anestesista é autônomo e seu campo de atuação é distinto, embora deva ser ressalvado que em muitas situações é difícil fazer essa separação, pois as atividades médicas, em casos de cirurgias, interagem e se sobrepõem.<sup>2</sup>

## 2 Obrigação de meio ou de resultado?

A responsabilidade do médico anestesista enseja uma obrigação de resultado, mediante a qual profissional se compromete com o anestesiar o paciente, retirando-lhe a dor e fazendo-o dormir e, após a intervenção cirúrgica, reanimá-lo trazendo-o de volta às condições normais, sem deixar sequelas, pouco importando o procedimento empregado.<sup>3</sup>

O ministro Ruy Rosado de Aguiar assevera que os erros do anestesista podem ser divididos em três categorias: de diagnóstico, na fase em que o médico deve avaliar o risco anestésico e a resistência do paciente; terapêutico, representada pela medicação pré-anestésica ineficaz, ou mesmo omissões durante a aplicação; e técnica, por uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente, dentre outras causas. Sustenta-se, assim, que ele assume uma obrigação de resultado, desde que tenha tido a oportunidade de avaliar o paciente antes da intervenção, e se pode concluir pela existência de condições para a anestesia, de tal sorte que terá assumido a obrigação de anestesiá-lo e de recuperá-lo.<sup>4</sup>

Com percuciência Guilherme Chaves Sant'Anna, em estudo coordenado pelo saudoso Prof. Carlos Alberto Bittar, assinala que é preciso lembrar quais são as funções do anestesista: inicia-se com os procedimentos preliminares, segue-se os concomitantes à cirurgia e se estende até que o paciente recobre inteiramente os sentidos. Daí por que se considera que o anestesista cumpre uma obrigação de resultado, qual seja, anestesiar o paciente e, após o ato cirúrgico, recuperá-lo, dentro de suas condições normais, devolvendo-lhe por completo todos os senti-

<sup>1</sup> Antonio Chaves. *Responsabilidade civil por erro médico*, RJ n° 207, jan. 1995, p. 19.

<sup>2</sup> Cf. já deixamos assinalado em nossa obra *Dano moral nas relações de consumo*.

<sup>3</sup> Assim também Vanderby Lacerda Panasco in *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*, p. 49.

<sup>4</sup> *Revista Jurídica* n° 231, p. 122 ss.

dos. A lógica está em que, tendo examinado o paciente no período pré-operatório, tendo feito os exames necessários e tendo considerado-o apto a ser submetido àquele tipo de anestesia, a obrigação que decorre é a de recobrá-lo, de forma consciente e plena.<sup>5</sup>

Em julgado histórico, datado de 1993, o Desembargador José Soares de Castro assim considerou: “Anestesia é obrigação de resultado, concernente a antes, durante e após o ato anestésico, daí a profunda responsabilidade técnica do médico anestesista, que estatui até uma condição arbitrária para seu desempenho dentro da equipe médica.” Tratava-se de caso submetido a julgamento perante o Tribunal de Justiça de Goiás em que um jovem veio a ter concussão cerebral, com traumatismo cranioencefálico, com danos permanente, em razão de uma parada cardiorrespiratória, exatamente pela não realização do exame de sensibilidade do paciente, demonstrando ter havido falta de cuidados objetivo e técnico do médico anestesista, laborando assim em negligência e manifesta imperícia, tanto pelo aspecto omissivo como pelo comissivo, já que não teve a atitude correta do ponto de vista técnico e profissional.<sup>6</sup>

Corrente majoritária segue na direção contrária defendendo que o anestesista cumpre uma obrigação de meio muito ao argumento de que o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete a empregar todos os recursos ao seu alcance, não podendo garantir sempre o sucesso. Defendem ainda que, a prevalecer a tese de obrigação de resultado, diante de qualquer mau resultado e independente de suas causas, a vítima teria sempre o direito de fazer-se indenizar, e o anestesista sempre o dever de indenizar.<sup>7</sup>

Não concordamos!... Considerar que a obrigação do anestesista é de resultado (e não de meio) não implica necessariamente em atribuir-se a culpa ao médico por todo e qualquer evento danoso. Ocorre que na obrigação de resultado o ônus de provar que agiu com diligência, prudência e perícia esperada para o caso concreto se desloca para o anestesista que, provando sua atuação escorreita, jamais se verá condenado.

De outro lado, como já tem decidido nossos Tribunais, se a conduta do anestesista é correta e o acidente ocorreu por fato que se pode caracterizar como imprevisível, conseqüentemente, não restará caracterizado o necessário nexos causal entre a conduta do médico e os danos ocorridos, que nessas circunstâncias, devem ser debitados à fatalidade.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar, p. 138.

<sup>6</sup> TJGO – 1ª Câm.; Ap. Cível nº 29.966-5/188; Rel. Des. José Soares de Castro; j. 18.05.1993.

<sup>7</sup> Ver nesse sentido Genival Veloso França, em artigo disponível em: <<http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=27>>, acesso em 18.01.2008.

<sup>8</sup> TJPR – AC 0219450-3 – Curitiba – 10ª C. Cív. – Rel. Juiz Conv. Francisco Luiz Macedo Junior – DJPR 08.06.2007.

### 3 Responsabilidade individualizada

O médico anesthesiologista, mesmo integrando equipe médica, responde individualmente pelos atos e ações praticadas no pré e pós-operatório. Já com relação aos acidentes ocorridos durante a realização do ato cirúrgico propriamente dito, pode ocorrer culpa concorrente entre ele e outros membros da equipe.

Na prática, individualizar estas funções não é tarefa fácil, tendo em vista que as atividades interferem umas nas outras e, em muitos casos, se sobrepõem. Quer dizer, o problema fica por conta da repartição das atividades e, por conseguinte, das responsabilidades pelos atos que se possam individuar. De toda forma, pode existir responsabilidade solidária entre o anestesista e o chefe da equipe médica, ou mesmo dele com o hospital. Ruy Rosado de Aguiar destaca bem as duas situações: *“uma vez demonstrada a causalidade exclusiva do ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião; porém, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa in eligendo. De outro lado, “integrando o anestesista o quadro médico do hospital, sem possibilidade de escolha pelo paciente, mesmo assim normalmente surge uma relação contratual entre o anestesista e o paciente, que é por ele previamente examinado e dele recebe cuidados prévios (Penneau, La Responsabilité Médicale, pág. 293), razão pela qual respondem tanto o hospital quanto o anestesista, solidariamente”.*<sup>9</sup>

Conforme já relatamos, alguns dos erros possíveis de ser cometidos pelos anestesistas podem ser identificados de forma autônomos e de diferentes ordens, tais como: erros de diagnóstico (avaliar o risco anestésico, a resistência do paciente), erro terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) erro por uso de técnica errada (uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente etc.). Neste caso, não há falar-se em solidariedade tendo em vista que são condutas que se ligam direta e exclusivamente ao anestesista.

Não é por outra razão que o Conselho Federal de Medicina impõe ao médico anesthesiologista, durante a realização da anestesia, o dever fundamental, como integrante da equipe cirúrgica, de permanecer todo o tempo junto ao doente, até total recuperação dos efeitos da anestesia, nos termos da Resolução 851/78.<sup>10</sup>

Em conclusão se pode afirmar que, devido ao desenvolvimento das especialidades médicas, a tendência hoje dominante é de se considerar separadamente a responsabilidade do anestesista não só em relação ao operador, como também em face do restante da equipe, tudo em razão da redistribuição de competências e, principalmente em razão das funções próprias e específicas de cada uma das atividades. Assim, tudo que possa ser individualizado no ato operatório enseja a responsabilização daquele que efetivamente tenha praticado o ato.

<sup>9</sup> Ruy Rosado de Aguiar, op. cit. p. 122.

<sup>10</sup> Cf. informa Miguel Kfoury Neto in *Responsabilidade civil do médico*, p. 130.

## 4 Jurisprudência

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONSUMIDOR – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – CIRURGIA PLÁSTICA – ERRO MÉDICO – DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO – CULPA MANIFESTA DO ANESTESISTA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CHEFE DA EQUIPE E DA CLÍNICA.** 1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes. 2. Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento. 3. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado. 4. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1º, CDC. 5. Face as peculiaridade do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais. 6. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta parte, provido (Superior Tribunal de Justiça STJ – REsp 605.435 – Proc. 2003/0167564-1 – RJ – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 22.09.2009 – DJE 16.11.2009).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO.** Filho dos autores que, ao ser submetido à cirurgia para retirada de adenoide e amídalas nas dependências da ré, sofreu danos neurológicos irreversíveis, em virtude de falta de oxigenação no cérebro durante a cirurgia, segundo os laudos periciais carreados aos autos. Possível a responsabilização do hospital pelos danos causados. Preposição fundada não em relação de subordinação entre a instituição e o médico e o anestesista que realizaram a cirurgia, mas sim na direção econômica e organizacional do hospital sobre os profissionais que nele atuam. Conceito funcional de preposição. Danos materiais e morais evidentes. Indenização por danos materiais que abrange não apenas os gastos já efetuados com o tratamento do menor, mas também as despesas futuras a este título. Necessária majoração da indenização por danos morais, a fim de atender as funções reparadora e punitiva da indenização. Devida ainda a atribuição de pensão mensal vitalícia, considerada a incapacidade laboral permanente do menor e o fato de seus pais auferirem poucos rendimentos. Incabível o acolhimento do pedido de indenização por lucros cessantes, a fim de evitar duplo ressarcimento pelo mesmo fato. Responsabilidade civil contratual, não aquiliana. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Recurso da ré não provido e dos autores parcialmente provido (TJ-SP – APL 990.10.014137-6 – Ac. 4710012 – São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 09.09.2010 – DJESP 06.10.2010).

**DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – OPERAÇÃO GINECOLÓGICA – MORTE DA PACIENTE – VERIFICAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA DO MÉDICO-CIRURGIÃO – NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA – SUMÚLA 7/STJ – DANOS MORAIS – CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO – CONTROLE PELO STJ.** I – Dos elementos trazidos aos autos, concluiu o acórdão recorrido pela responsabilidade exclusiva do anestesista, que liberou, precocemente, a vítima para o quarto, antes de sua total recuperação, vindo ela a sofrer parada cardiorrespiratória no corredor do hospital, fato que a levou a óbito, após passar três anos em coma. A pretensão de responsabilizar, solidariamente, o médico cirurgião pelo ocorrido importa, necessariamente, em reexame do acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial, a teor do Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. II – O arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser majorado quando se mostrar incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Recurso Especial provido, em parte (STJ – REsp 880.349 – Proc. 2006/0187390-4-MG – Terceira Turma – Rel. Min. Sebastião de Oliveira Castro Filho – j. 26.06.2007 – DJU 24.09.2007 – p. 297).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA.** Comprovação da negligência do médico anestesista. Obrigação de indenizar. Recurso do réu IvoNEY Assad Villa Maior improvido (TJMS – AC-Or 2007.006200-1 – Terceira Turma Cível – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay – j. 28.05.2007 – DOEMS 22.06.2007).

**DANO MORAL – ERRO MÉDICO – TRANSPLANTE DE CórNEA – PERDA DA SUBSTÂNCIA DO OLHO – CEGUEIRA ABSOLUTA, IRREVERSÍVEL E PERMANENTE.** Responsabilidade solidária. Cirurgião, hospital e anestesista. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Indenização devida. Condenação para recomposição estética mantida. Recurso provido (TJ-SP – APL 193.096-4/6-00 – São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Carlos Stroppa – j. 02.02.2006).

**APELAÇÃO CÍVEL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA DE FIMOSE – ANESTESIA GERAL – AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS E AUTORIZAÇÃO DOS PAIS – PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA – LESÃO CEREBRAL SEVERA – DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO.** [...] 4. Responsabilidade do médico anestesista caracterizada. Demonstrada nos autos a negligência, imprudência e imperícia do réu, médico anestesista, que aplicou anestesia geral em menor submetido a uma singela cirurgia de fimose, sem o consentimento expresso dos pais e independentemente de exames pré-anestésicos, dando causa à invalidez total e permanente da criança, decorrente de parada cardiorrespiratória e lesão cerebral severa e difusa, evidente o dever de indenizar. Laudo complementar que confirma a necessidade de investigação prévia do histórico familiar e da realização de exames físicos, concluindo que qualquer ato médico que interfira nas funções vitais do paciente pode ocasionar uma parada cardiorrespiratória. Medicamento utilizado que, segundo propriedades farmacológicas, provoca alteração generalizada no funcionamento dos órgãos vitais, tais como, circulação, respiração, sistema nervoso central, podendo ocasionar, lesões cerebrais irreversíveis ou até mesmo a morte do paciente, em caso de eventual problema ou patologia que este seja portador, ou, ainda, em decorrência de erro

na aplicação ou na assistência da recuperação. Dever de informar ao paciente e a seus familiares sobre os riscos do procedimento não observado ao concreto. Responsabilidade civil do médico demandado configurada. Sentença de parcial procedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 5. Verbas indenizatórias. Pensão mensal. Pensão fixada na sentença em três salários-mínimos mensais, a fim de atender as despesas com alimentação a ser ministrada através de sonda, medicamentos, fraldas e sessões de fisioterapia necessárias à manutenção do menor incapacitado, que se mantém. Constituição de capital. Providência destinada a assegurar o adimplemento das prestações vincendas, inteiramente pertinente, considerando o caráter alimentar do benefício, além do disposto no art. 602 do CPC. Dano moral. Montante de 300 salários-mínimos fixado na sentença que, apesar da gravidade do fato, mostra-se elevado, considerando, especialmente, as condições econômicas das partes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado. Quantum indenizatório reduzido para R\$ 50.000,00, corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, a contar da data desta sessão, até o efetivo pagamento, e acrescido de juros de mora, à razão de 6% ao ano até a vigência do Novo Código Civil, e de 12% após, a partir da data da citação (05.12.1995). Apelação parcialmente provida (TJRS – AC Nº 70013985510 – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 25.05.2006).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – INSURGÊNCIA DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA CESARIANA – ALEGAÇÃO DE IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO MÉDICO ANESTESISTA – RECEBIMENTO DE ALTA HOSPITALAR – DIFICULDADE DE DEAMBULAÇÃO (PARAPLEGIA).** Análise probatória que confirma as atitudes imprudente, negligente e imperícia por parte do anestesista que se furtou de realizar acompanhamento durante o ato cirúrgico e período pós-operatório. Relato feito pelo médico cirurgião. requisitos da responsabilidade civil preenchidos. Dever de indenizar patente. Sentença reformada. Recurso provido (TJSC – AC nº 2003.021324-4 – 3ª Câm. Dir. Civil – Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil – j. 16.12.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – ANESTESISTA – NEGLIGÊNCIA MÉDICA – COMPLICAÇÕES PÓS-OPERATÓRIAS – PARALISIA CEREBRAL – CONDENAÇÃO DO MÉDICO ANESTESISTA AO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTAR VITALÍCIA, GASTOS COM TRATAMENTOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C ESTÉTICOS – INSURGÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM QUANTIA CERTA – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – QUANTIFICAÇÃO DOS VALORES EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – FIXAÇÃO POR ARBITRAMENTO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – QUANTUM ÚNICO – POSSIBILIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – ANESTESIA GERAL – RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ANESTESISTA – AUSÊNCIA DO ANESTESISTA NA SALA DE RECUPERAÇÃO – EXTUBAÇÃO PRECIPITADA – VÔMITO E ASFIXIA – FALTA DE OXIGENAÇÃO – MANOBRAS DE RESSUSCITAÇÃO – PARALISIA CEREBRAL – ILÍCITO CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.** A fixação dos danos morais por arbitramento não acarreta em julgamento extra petita pelo fato de o autor haver requerido o quantum através de liquidação de sentença. Possuindo a mesma essência jurídica, os danos estéticos estão incluídos nos morais, não havendo razão para insurgência recursal contra fixação de valor único atrelado a apenas um deles. A precipitada extubação do paciente

em sala de cirurgia e a falta de acompanhamento do mesmo à sala de recuperação caracterizam omissão culposa do anestesista, mormente com o aparecimento de problemas mórbidos que acarretaram paralisia cerebral do paciente, inicialmente atendido pela enfermagem. Configurados os requisitos do ilícito omissivo contra o paciente, incumbe ao anestesista indenizá-lo (TJSC – AC nº 02.015700-2 – Rel. Des. Antônio do Rego Monteiro Rocha – j. 29.04.2004).

**INDENIZAÇÃO – MORTE DE FETO – CULPA – NEGLIGÊNCIA – CONFIGURAÇÃO – DANO MORAL – FIXAÇÃO – INDEPENDÊNCIA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL – SOLIDARIEDADE – MÉDICO E HOSPITAL.** Configura-se a culpa do anestesista sempre que sua conduta de omissão ou negligência tenha comprometido as “chances” de vida ou integridade da vítima. Ao fixar-se o valor da indenização deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado. A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo no causador do mal impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. O fato de ter sido o anestesista absolvido em processo criminal não o exonera de responder pelo mesmo fato no que diz respeito à responsabilidade civil, posto que há independência entre as jurisdições penal, civil e administrativa. Presente a culpa do anestesista, que é preposto do hospital, este tem responsabilidade solidária na condição de preponente, nos termos do artigo 1.521, III do Código Civil (TAMG – AC nº 2.0000.00.311532-0/000(1) – 4ª Câm.Civil – Rel. Alvimar de Ávila – j. 25.10.2000 – *DOEMG* 08.11.2000).

# Responsabilidade Objetiva dos Hospitais, Clínicas e Similares

---

## 1 Notas introdutórias

Muito já se discutiu acerca da responsabilidade das clínicas e dos hospitais naquilo que diz respeito às falhas de pessoal (médico, paramédico ou auxiliares), de equipamentos e de hospedagem, que possam ter gerado danos aos seus pacientes.

De destacar, inicialmente, que o hospital é uma verdadeira universalidade de fato, formada por um conjunto de atividades que inclui instalações, aparelhos, instrumentos, corpo de pessoal administrativo e médico.<sup>1</sup> Quando recebe um paciente, o hospital firma um contrato de prestação de serviços, seja escrito, verbal ou mesmo tácito, pelo qual se obriga a prestar serviços de qualidade, seja médico ou outros complementares, tais como, hospedagem, alimentação, medicamentos, equipamentos necessários ao tratamento ministrado, além de outros prestados pelo corpo de pessoal auxiliar, administrativo e de enfermagem.

Nessa perspectiva, entre o hospital e o paciente se estabelece uma perfeita relação de consumo. Pelo contrato de prestação de serviços médico-hospitalar temos de um lado o consumidor (paciente) e de outro lado o fornecedor (hospital), de tal sorte que na eventualidade de falhas na prestação destes serviços devem ser aplicadas, primacialmente, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e, subsidiariamente, as do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/02).

Esclareça-se que no campo da responsabilidade civil por danos causados a seus pacientes, o hospital responde pelos atos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.), bem como pelos atos dos médicos que sejam

---

<sup>1</sup> Ruy Rosado de Aguiar Junior. Responsabilidade civil do médico, *Revista Jurídica* nº 231, p. 122.

seus empregados, e pelos atos dos outros empregados de apoio ao serviço médico (enfermeiros, técnicos laboratoriais, de radiologia etc.), bem como pelos danos causados por vícios ou defeitos de equipamentos, medicamento, alimentação, hospedagem, transporte e outros serviços auxiliares.

Nesse passo, a responsabilidade objetiva dos hospitais e similares é legal, isto é, decorre da lei consumerista cujos fundamentos se assentam, fundamentalmente, nos princípios da boa-fé e da transparência e nos deveres de segurança e informação, tornando secundária a discussão acerca da responsabilidade contratual ou extracontratual, da culpa *in vigilando* ou mesmo *in elegendo*, da obrigação de meio ou de resultado, conforme veremos a seguir. Como diz Teresa Ancona Lopez *“a responsabilidade legal exclui a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima e, principalmente o risco que pesa sobre essa atividade, que tem que ser absorvido pelas pessoas jurídicas”*.<sup>2</sup>

## 2 Responsabilidade objetiva em face do Código de Defesa do Consumidor

Tratando-se de erro médico, a responsabilidade dos hospitais, clínicas, casas de saúde e similares é objetiva conforme já afirmamos, não cabendo perquirir sobre a eventual culpa da conduta médica, do pessoal auxiliar, ou de falhas dos equipamentos ou outros serviços prestados, significando dizer que bastará ao lesado a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo nosocômio, para fazer surgir o dever indenizatório.

Interessante frisar, desde logo, que embora o profissional liberal responda mediante a aferição da culpa (exceção contida no § 4º do art. 14 do CDC), esta exceção não se aplica ao hospital, tendo em vista que sua responsabilidade será sempre objetiva, devendo ser enquadrada no *caput* do art. 14 da Lei nº 8.078/90. Evidente que tal assertiva somente se aplica aos casos em que haja vínculo empregatício entre o profissional e o hospital, quando então a questão da culpa restará afastada, e o nosocômio responderá objetivamente, tendo em vista que o erro médico equipara-se a falha na prestação do serviço. Nestas circunstâncias, a possibilidade de sucesso da demanda, proposta pelo eventual lesado, se amplia na exata medida em que não necessitará provar a culpa do profissional, já que a responsabilidade da casa de saúde, clínica ou hospital, enquanto prestadores de serviços, será objetiva.

Advirta-se, contudo, que a responsabilidade objetiva ou sem culpa, não prescinde da demonstração do dano e do nexo de causalidade. Ademais, é possível isentar o hospital do dever indenizatório desde que fique provada a ocorrência

<sup>2</sup> O dano estético, p. 111-112.

de uma das excludentes contidas no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: inexistência de defeito no serviço prestado, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º). Embora não expressamente previsto na lei consumerista, nosso entendimento é que o caso fortuito ou de força maior, desde que decorrente de causa externa ao serviço prestado, poderá ser tido como eximente tendo em vista ser causa de quebra do nexo de causalidade.<sup>3</sup>

Reafirme-se, para que dúvidas não parem: dizer que os hospitais e similares devem responder objetivamente por erro médico, não significa dizer que estão condenados *a priori* por todo e qualquer evento danoso ocorrido em suas dependências. Para se isentar do dever indenizatório bastará ao hospital provar, e este ônus é seu, de que não houve falhas, defeitos ou inadequação no serviço prestado, ou que o evento somente ocorreu em face de culpa da própria vítima ou de terceiro.

Logo, não há nenhuma incompatibilidade na aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às atividades médico-hospitalares tendo em vista que não responderão, por exemplo, pelos riscos inerentes à própria atividade. Melhor exemplificando, a cirurgia de uma pessoa idosa – ou mesmo outros tipos de cirurgia ou tratamentos, por si só representam riscos que não podem ser eliminados; são riscos normais e previsíveis que não decorrem de nenhum defeito, são ínsitos à própria atividades e circunstâncias. Nesse caso, cabe ao hospital provar que prestou todas as informações devidas ao paciente ou seus familiares, quando então não poderá ser responsabilizado pelo insucesso da cirurgia/tratamento.<sup>4</sup>

Nessa mesma linha de proceder tem decidido nossos Tribunais, cabendo destacar voto do Desembargador Antonio Carlos Marcato, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que já teve oportunidade de decidir questão envolvendo a responsabilidade do hospital, no que diz respeito à prestação de serviços médicos, e a classificou como objetiva, conforme excerto que se extrai do acórdão assim redigido: “Considerando que o hospital se enquadra na categoria de fornecedor de serviço, devem ser consideradas, para o fim de definição de sua responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, as diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor.” E conclui o voto do relator: “Tratando-se de defeito, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, só sendo afastada se e quando demonstrar (e a prova fica a seu cargo) que tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu, ou, então, que foi do consumidor ou de terceiro a culpa exclusiva pelo defeito.”<sup>5</sup>

Dentre tantas, outra decisão da Corte paulista que merece destaque, foi proferida pelo Desembargador Antonio Rulli, de cuja emenda se extrai o seguinte trecho: “Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). Basta o nexo causal e o dano sofrido. O fornece-

<sup>3</sup> Conforme já deixamos assentado em nossa obra *Da culpa e do risco*, p. 110-111.

<sup>4</sup> Cf. Sergio Cavalieri Filho in *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., p. 375.

<sup>5</sup> TJSP – Ap. Cível 70.286-4, 29-04-96, 6ª Câm.Dir. privado in Sílvia de Salvo Venosa, *Direito Civil*, p. 79.

*dor de serviços responde, independentemente da existência de culpa pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos a prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.”*<sup>6</sup>

Da mesma forma também já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo voto da Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi que, de forma peremptória deixou assentado: *“A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não. A configuração dos elementos nexos causal e dano gera o dever de indenizar.”*<sup>7</sup>

Na mesma direção tem se orientado a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, isto é, reconhecendo como objetiva a responsabilidade dos hospitais, cabendo destacar, pela autoridade no assunto, trecho de voto do Desembargador Sergio Cavalieri Filho: *“como prestadores de serviços que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores”*.<sup>8</sup> Noutro julgado é mais incisivo: *“A pessoa jurídica a que o médico e subordinado não é alcançada pela norma contida no § 4º do Código de Defesa do Consumidor e responde pelo fato do serviço na forma do caput do mesmo artigo”*.<sup>9</sup>

Mas não é só. Também o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgado do qual foi relator o insigne ex-Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reconheceu que a responsabilidade do hospital é objetiva mesmo em se tratando de serviços médicos, conforme se extrai do corpo do acórdão, anote-se: *“a responsabilidade dos hospitais, como pessoa jurídica, é objetiva, e até mesmo nas atividades de natureza médica, segundo a corrente doutrinária majoritária no tema, não se incluindo na exceção feita pela lei quanto aos profissionais liberais (cuja culpa tem natureza subjetiva). E esse entendimento se impõe no caso concreto, no qual o recorrido não procurou um profissional médico específico, mas se dirigiu com seu filho doente para as instalações da recorrente, buscando a prestação de serviços de natureza médica, que pudessem lhe restabelecer a saúde”*.<sup>10</sup>

Contrariamente a nossa posição, Miguel Kfoury Neto defende que *“o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não”*. Justificando sua posição o ilustre autor afirma que *“a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha*

<sup>6</sup> Em *COAD Seleções Jurídica*, v. 3, p. 139.

<sup>7</sup> TJRS – AC 70009863325 – São Leopoldo – 9ª C. Cív. – Relª Desª Marilene Bonzanini Bernardi – j. 29.06.2005.

<sup>8</sup> TJRJ – Ap. Cível 217/96 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho in *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., p. 380.

<sup>9</sup> TJRJ – Ap. Cível 8.322/2004 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho in *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., p. 381.

<sup>10</sup> STJ – 4ª T. – REsp n. 259.816-RJ – Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 27.11.2000 in *LEX-JSTJ*, v. 139, p. 221.

a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles”.<sup>11</sup> Em obra mais recente o mesmo autor obtempera: “mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara”.<sup>12</sup>

Partilhando desse mesmo posicionamento, o ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior também defende que a responsabilidade do hospital por erros de sua equipe médica deve ser aferida mediante culpa. Embora ressalve a existência da solidariedade entre o hospital e o médico, afirma ser imprescindível a prova da culpa do servidor porque os hospitais, mesmo após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não responderiam objetivamente, quando se tratar de indenizar o dano produzido por médico integrante de seus quadros. Na justificativa de sua tese, o ilustre doutrinador considera o hospital uma universalidade de fato, formada por um conjunto que inclui instalações, aparelhos, instrumentos, corpo de pessoal administrativo e médico. E aí faz uma distinção: quando o hospital atende um paciente, firma um contrato de meio no que diz respeito à prestação dos serviços médicos (quando o médico é seu empregado), logo sua obrigação é de prestar o melhor serviço, não se obrigando a curar. No que diz respeito aos outros serviços complementares prestados pelo hospital, os mesmos se enquadrariam como obrigação de resultado, aplicando-se nesse caso, então, a responsabilidade objetiva no tocante ao funcionamento defeituoso de instrumentos e equipamentos, bem como pelas falhas do pessoal paramédicos e pelos defeitos dos serviços de alimentação e hospedagem.<sup>13</sup>

Seguindo os passos dos autores citados, outros doutrinadores passaram a defender a mesma tese, qual seja, de que os hospitais responderiam subjetivamente pelos danos que seus funcionários médicos causassem aos pacientes, ampliando a exceção prevista no parágrafo 4º da Lei nº 8.078/90. Dentre aqueles que seguem nessa linha de pensar, destacamos o posicionamento do mestre Gustavo Tepedino que, embora admitindo a matéria como controvertida, afirma que “somente a demonstração da culpa é que poderá desencadear a responsabilidade do profissional e, em consequência, do hospital, solidariamente”.<sup>14</sup> Da mesma forma o brilhante magistrado paulista Rui Stoco que, também de maneira categórica, afirma que “só através da comprovação de culpa (*lato sensu*) é que poderá responsabilizar o hospital e o médico pelo resultado danoso”.<sup>15</sup>

Com a devida vênia, ousamos discordar dos ilustres doutrinadores, na exata medida em que entendemos que não há fazer-se nenhuma distinção com relação aos serviços prestados, sejam os serviços médicos propriamente dito, sejam os serviços complementares, com base na conceituação de obrigação de

<sup>11</sup> *Responsabilidade civil do médico*, p. 169.

<sup>12</sup> *Culpa médica e ônus da prova*, p. 365.

<sup>13</sup> *Responsabilidade civil do médico* in *Revista Jurídica* (RJ) nº 231.

<sup>14</sup> *Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*, p. 300.

<sup>15</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 570.

meio ou de resultado. Se houve falha na prestação de serviço, e em razão desta falha houve um dano ao paciente, a responsabilidade do hospital é objetiva, não importando perquirir se o dano foi resultado do serviço prestado por médico, enfermeiro, instrumentista, atendente, escriturário, nutricionista ou outro qualquer funcionário.

Se assim não for, estaremos tornando letra morta um dos mais revolucionários fundamentos contidos no Código de Defesa do Consumidor – a responsabilidade objetiva. A admitir-se que o hospital possa responder subjetivamente somente porque o serviço foi prestado pelo médico que, enquanto profissional liberal responde mediante a aferição de culpa, significa dizer que todo e qualquer prestador de serviços (e também os fabricantes de produtos) que utilizem mão de obra de profissionais que se encaixem no conceito de profissional liberal também responderão subjetivamente. Assim, a construtora poderá alegar que, se houve falhas de projeto ou de execução do prédio que desabou e causou danos a diversas pessoas, tais serviços foram realizados por profissionais liberais, logo, sua responsabilidade enquanto construtora é subjetiva, devendo ser apurada mediante a aferição da culpa do projetista ou do engenheiro. Da mesma forma, poderá assim proceder a instituição financeira que tenha incluído, indevidamente, o nome de seu suposto devedor nos cadastros de proteção ao crédito, alegar que a falha no serviço se deu em razão do contador que não fez os lançamentos de pagamento em dia ou, quiçá, do advogado que inadvertidamente ingressou com ação de cobrança por fato não devido e, como, *in casu*, são profissionais liberais, a responsabilidade da instituição somente poderia ser aferida mediante a identificação da culpa de seus prepostos.<sup>16</sup>

Com meridiana clareza explícita Nelson Nery Junior que “*não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do CDC, 14, § 4º, se o for intuitu personae. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviços o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva*”.<sup>17</sup>

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, com a autoridade de quem foi um dos elaboradores do projeto do Código de Defesa do Consumidor, leciona que a exceção aplica-se apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que eles integrem ou para as quais prestem serviços. Explicita mais: “O Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o

<sup>16</sup> Cf. Rizzatto Nunes, *Comentário ao CDC*, p. 14.

<sup>17</sup> *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.359.

*médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.*"<sup>18</sup>

Assim também Antonio Chaves que escudando-se em Francisco Chagas de Moraes afirma que a responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal, em face do disposto no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, será apurada mediante verificação da culpa, regra aliás aplicável a todos os demais profissionais liberais, cujo elenco está relacionado no anexo art. 577 da CLT. Ressalta, contudo, que em se tratando de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independente da existência de culpa, sendo caso típico de responsabilidade objetiva prevista no *caput* do art. 14 do Código Consumerista.<sup>19</sup>

Da mesma forma Zelmo Denari que, comentando a exceção prevista na legislação especial, assevera que *"o dispositivo excepcional supõe a contratação de um profissional liberal, que autonomamente desempenha seu ofício no mercado de trabalho. Não é o caso dos serviços profissionais prestados pelas pessoas jurídicas, seja sociedade civil, seja associação profissional"*.<sup>20</sup> Assim também Fábio Ulhoa Coelho ao afirmar que *"no que se refere à proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas, ou qualquer entidade fundada para prestar serviços médicos e hospitalares, incide a teoria da responsabilidade objetiva. Nesse contexto incluem-se as sociedades de médicos que exploram a medicina de maneira empresarial, pois se os médicos perdem a pessoalidade da prestação de serviços, são tratados como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva"*.<sup>21</sup>

O professor Rizzatto Nunes é mais contundente, pois em sua opinião, *"se um hospital explora tipicamente o mercado, oferecendo serviços de massa, servindo-se da saúde como mercadoria e explorando sua atividade dentro das características típicas de risco/custo/benefício, ele é responsável objetivamente pelos danos causados por seus serviços, independentemente de quem os executa"*.<sup>22</sup>

Pela importância do tema, pedimos vênias para colacionar posicionamentos de outros doutrinadores que, assim como nós, entendem que os hospitais respondem, sempre, objetivamente por danos causados aos seus pacientes. Nesse passo a mestra Roberta Densa afirma categoricamente: *"a responsabilidade civil do hospital ou clínica médica deve ser apurada na forma do caput do art. 14"* (do CDC).<sup>23</sup> James Eduardo Oliveira leciona que a norma é clara no sentido de excepcionar apenas a responsabilidade do profissional liberal, de tal sorte que permanecerá sob o manto da responsabilidade objetiva o dever indenizatório das pessoas jurídicas prestadoras de serviços médico-hospitalares. Ilustre magistra-

<sup>18</sup> Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 80.

<sup>19</sup> Responsabilidade civil do ato médico: ato médico – contrato de meios in RJ nº 207, p. 19.

<sup>20</sup> Código Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 124.

<sup>21</sup> Curso de direito comercial, p. 282 (apud Ênio Santarelli Zuliani. COAD Seleções Jurídicas, v. 1, p. 15).

<sup>22</sup> Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 204-205.

<sup>23</sup> Direito do consumidor, p. 61.

do afirma ainda que “*não se pode conferir interpretação ampliativa a uma norma marcadamente excepcional e, por isso mesmo, de incidência restritiva*”. E conclui fazendo um alerta: toda e qualquer tentativa de situar a responsabilidade destas empresas no campo da responsabilidade subjetiva acaba por desvirtuar o espírito da legislação consumerista e constitucional.<sup>24</sup>

Em apelação que tratava de responsabilidade hospitalar por morte de recém-nascido, em razão de alta prematura quando o infante apresentava peso inferior ao normal e com deficiência respiratória, o relator Sergio Cavalieri Filho chega a ser enfático quando diz ser absolutamente despicienda qualquer discussão em torno da culpa, deixando assentado que “*o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor é de clareza solar ao responsabilizar o fornecedor de serviços independentemente de culpa – vale dizer, objetivamente –, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Destarte, provada a relação de causalidade entre o serviço defeituoso e o dano, responde o fornecedor independentemente de culpa, à luz da legislação que protege o consumidor*”.<sup>25</sup>

Em face dos argumentos colacionados, de se concluir como totalmente equivocada o posicionamento dos que veem na responsabilidade dos estabelecimentos de saúde vinculação necessária com a eventual culpa dos médicos que atuam em suas dependências, pois as disciplinas jurídicas de uns e de outros encontram-se dissociadas, de forma expressa, na lei consumerista. Embora o fato de a atividade do médico ser conceituada como profissão liberal, isto por si só não permite a comunicação dessa circunstância à pessoa jurídica, já que a proteção legal recai sobre a pessoa física.<sup>26</sup> Ou seja, quando o profissional liberal presta serviços integrando uma pessoa jurídica, como sócio ou titular, ou mesmo como empregado, não se pode falar em apurar a responsabilidade da pessoa jurídica a partir da verificação da eventual culpa do profissional, pois não se trata mais de responsabilidade pessoal, tendo em vista que esta característica estará ausente, caso em que estaremos diante de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que o agrega ou emprega.<sup>27</sup>

Ademais, rememoremos alguns aspectos que reputamos relevantes e refletamos: (a) os hospitais, clínicas e casas de saúde são prestadores de serviços médico-hospitalares e, como tais, estão sujeitas às normas inseridas na lei consumerista, nisto todos concordamos; (b) o paciente internado em estabelecimento hospitalar é consumidor dos serviços disponibilizados pelo hospital, incluso os serviços médicos, isto também não é causa de dúvidas; (c) profissional liberal é o profissional que atua em nome próprio, sem subordinação, prestando serviços pessoalmente dentro de sua especialidade; (d) o pro-

<sup>24</sup> Código de Defesa do Consumidor, p. 150-151.

<sup>25</sup> (TJRJ – Ap. Civ. nº 1.217/96 – 2ª CC – Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho in *COAD Seleções Jurídicas*, v. 2 p. 34).

<sup>26</sup> Cf. Fabrício Zamproga Matielo in *Responsabilidade civil do médico*, p. 84-85.

<sup>27</sup> Assim também Oscar Ivan Prux in *Responsabilidade civil do profissional liberal*, p. 109.

fissional liberal quando presta serviços como empregado de qualquer empresa não perde esta qualidade, porém não há como transferir para a empresa a exceção que a Lei nº 8.078/90 previu exclusivamente para a pessoa do profissional individualmente considerado; (e) os serviços quando prestados por pessoa jurídica perdem a pessoalidade, não sendo mais o caso de contratação com caráter *intuitu personae*, algo somente aplicável aos serviços prestados diretamente pelo profissional liberal; (f) o Código tratou de maneira excepcional a responsabilidade dos profissionais liberais, logo, qualquer interpretação do § 4º deve ser feita de maneira restritiva.

Em face dos argumentos acima esposados não temos dúvidas em reafirmar que a responsabilidade dos hospitais, casas de saúde e clínicas em geral será sempre objetiva, por danos causados aos seus clientes/pacientes em face de falhas ou defeitos na prestação dos serviços médicos propriamente dito, bem como dos serviços auxiliares (enfermagem, hospedagem, alimentação etc.), e complementares (exames, análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultrassonografia, radiologia, tomografia etc.).

Cabe por fim registrar que, na eventualidade de o hospital restar condenado a indenizar, poderá agir regressivamente contra o causador do dano em ação autônoma, tendo em vista a vedação da denunciação da lide (CDC, art. 13, parágrafo único). Nesse mesmo sentido é o posicionamento do magistrado Sérgio Izidoro Heil: “A legislação consumerista, além de estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, afasta a incidência da denunciação da lide, ressalvando o exercício autônomo do direito de ação por aquele que arcar com o valor da indenização.”<sup>28</sup>

### 3 Responsabilidade do hospital em face do Código Civil

Muito embora não seja o caso, mas tão somente a título de melhor esclarecer a matéria, ainda que afastássemos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações hospitalares, e aplicássemos exclusivamente o Código Civil, ainda assim, a responsabilidade do hospital seria objetiva com base na combinação da doutrina da culpa *in vigilando*, da culpa *in eligendo* e da culpa *in custodiendo* (art. 932, III e IV c/c art. 933).

Já se afirmou que, ocorrendo falhas na prestação de serviços envolvendo seus funcionários, o hospital responderia na condição de patrão ou comitente, a teor do que dispõe o Código Civil (art. 932, III); neste caso, a culpa seria presumida, respondendo objetivamente o hospital pelo ato culposo de seu empregado ou preposto, incluindo-se o médico empregado. Se as falhas forem decorrentes dos serviços de alimentação e hospedagem, poder-se-ia enquadrar o hospital, por analogia, na responsabilidade dos hospedeiros (art. 932, IV).

<sup>28</sup> TJSC – AI 2005.013364-1 – Herval do Oeste – 3ª CDCiv. – Rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil – j. 26.08.2005.

Com base na culpa *in eligendo*, é possível responsabilizar o hospital em face da escolha mal feita de seus representantes, funcionários e prepostos. Assim, o hospital responderia pelos atos do seu pessoal, com base na culpa presumida, conforme assentado na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*”

O mesmo se diga com relação à culpa *in vigilando* correspondente à falta de controle e vigilância que deve ser exercida sobre os funcionários, por parte daquele que tem o dever de controlar a atividade fornecida no mercado de consumo.

Já a culpa *in custodiendo* seria aquela decorrente da responsabilidade do hospital no que diz respeito à falta de cuidados e atenção na guarda do paciente que nele se hospeda.

O hospital responde ainda pelo dano eventualmente causado por coisas e objetos, tendo em vista que “*ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao statu quo ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento*”,<sup>29</sup> sendo esse o típico caso de presunção de culpa, a ser ilidida pela contraprova.

Nada obsta que, como reforço à responsabilização dos nosocômios, utilize-se a teoria da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou todas elas simultaneamente, tendo em vista que as disposições do Código Civil podem ser aplicadas, subsidiariamente, à responsabilidade dos hospitais e casas de saúde.

Esclareça-se, por oportuno, que o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), não derogou nem tampouco alterou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que continua em vigor em todos os seus aspectos.

#### **4 Responsabilidade do hospital pelo médico que não é seu funcionário**

Com relação aos serviços médicos hospitalares, há que se fazer uma ressalva. O hospital não responde pelo ato do médico que, não sendo seu funcionário, dele tão somente se serviu enquanto instalações para o atendimento de seu paciente, caso em que o erro médico, se danoso, implicará na responsabilização do profissional e não do hospital.

É o caso do médico que, sem vínculo empregatício com determinada clínica ou hospital, vem a dele se utilizar para internar os seus pacientes particulares. Nesse caso, a clínica ou hospital (ou outra entidade similar) funciona como mero prestador de serviços de hospedagem, alimentação e de assistência ao doente, tendo em vista o complexo de atividades englobadas pelo contrato existente, *in*

<sup>29</sup> Aguiar Dias. *Responsabilidade civil*, v. 2, p. 429.

*casu*, entre o paciente e o hospital, de tal sorte a individualizar as responsabilidades de uns e de outro.

Há decisões entendendo que o hospital responde mesmo que o médico não seja seu funcionário. Alguns que defendem essa tese argumentam que haveria uma verdadeira relação de preposição entre o médico e o hospital, de tal sorte a incluí-lo na relação obrigacional, até porque a relação de preposição pode ocorrer sem o necessário vínculo empregatício. Quer dizer, para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Outros entendem que, como o hospital visa lucro ao ceder suas instalações para uso por médico que não é de seus quadros, aí se encontraria a razão que justifica responsabilizar o hospital solidariamente pelos danos eventualmente causados.

Contudo, somos de entendimento que, se o médico apenas e tão somente usa as instalações hospitalares, para nele realizar intervenções em seus pacientes, somente ele deve responder pelo eventual erro médico, logo não se podendo falar em responsabilizar o hospital solidariamente. Nesse caso, as responsabilidades são perfeitamente individualizadas: o médico será responsabilizado pelo ato médico propriamente dito; já o hospital poderá eventualmente responder pelos danos causados pelos serviços de hospedagem, bem como pelos equipamentos e, até, se for o caso, pelas falhas do pessoal auxiliar, porém não por erro médico.

## 5 Responsabilidade dos hospitais públicos

Tratando-se de serviços médicos prestados por hospitais públicos, sejam eles da União, dos Estados, dos Municípios ou mesmo sendo empresas públicas, autarquias ou fundações, a responsabilização do ente público também será objetiva, embora se submetam a regime jurídico diverso, tendo em vista o estatuído na Constituição Federal que em seu art. 37, § 6º, dispõe: “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Advirta-se, contudo, que os serviços públicos também podem ser analisados sob a égide das regras estatuídas no Código de Defesa do Consumidor, especialmente se cotejarmos o disposto nos art. 3º c/c art. 14 e 22 da Lei nº 8.078/90.

O fato de o serviço ser público e prestado de forma gratuita não isenta o hospital do dever de indenizar, na eventualidade de ocorrência da danos, porquanto há um dever de incolumidade ínsito na prescrição constitucional no que diz respeito à garantia fundamental à saúde e a vida das pessoas que “*não subtrai o dever de a entidade hospitalar assegurar esses direitos sagrados do paciente*”.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Cf. Rui Stoco in *Tratado de responsabilidade civil*, p. 570.

Adotou o direito brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado, por atos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos injustos a terceiros, significando dizer que basta a ocorrência do dano injusto e a comprovação do nexo causal para gerar a obrigação de reparar a lesão sofrida pelo particular. Advirta-se, contudo, que embora a responsabilidade seja objetiva, a mesma não é integral, havendo a possibilidade de o Estado se eximir do dever indenizatório, total ou parcialmente, se demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro.

Tratando-se de erro médico, nossos Tribunais têm imposto condenações à administração pública em face de falta de prestação de serviços adequados, e o fazem sem perquirir sobre a culpa da conduta médica, pois conforme já assinalado, a responsabilidade é objetiva e, portanto, prescinde do elemento dolo ou culpa. Esse posicionamento tem merecido críticas, tendo em vista que alguns autores admitem a possibilidade de o Estado se exonerar do dever indenizatório se provar a regularidade do serviço prestado, e que o evento danoso somente ocorreu em face de fato inevitável da natureza.<sup>31</sup>

Para bem entender e aplicar a responsabilização dos hospitais públicos é importante conhecer os fundamentos da responsabilização objetiva do estado, conforme estabelecido em nossa Constituição Federal, e para isso remetemos o leitor ao Capítulo 2 desta obra.

## 6 Responsabilidade por infecção hospitalar

A base legal sobre a qual se assenta o dever de cuidados com relação à infecção hospitalar se encontra na Lei nº 9.431, de 6 de janeiro de 1997, que obriga os hospitais de todo o País a manter, obrigatoriamente, Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH). Para efeitos da lei é considerado como programa de controle de infecções hospitalares o conjunto de ações a serem desenvolvidas, deliberada e sistematicamente, com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares (art. 1º, *caput* e § 1º).

Além disso, a referida lei define o alcance do que se possa chamar por infecção hospitalar, para abranger qualquer infecção adquirida pelo paciente no hospital, após a internação, incluindo não só as manifestadas durante a internação, como também as que se manifeste mesmo após a alta, desde que se possa relacionar com a hospitalização (art. 1º, § 2º). Ainda com o objetivo de prevenir, impõe a obrigação de os hospitais instituírem comissões de controle de infecções hospitalares (art. 2º, I), informando que o descumprimento da lei implicará na responsabilização com base na Lei nº 6.437/77, que trata das infrações à legisla-

<sup>31</sup> Nesse sentido ver Ruy Rosado de Aguiar Junior em seu primoroso artigo, tantas vezes por nós citado, Responsabilidade civil do médico, publicado in *RJ* nº 231.

ção sanitária federal, sem prejuízo das eventuais ações de natureza civil e penal aplicáveis à espécie.

Tratando-se de infecção hospitalar, a responsabilidade do hospital será também objetiva, tendo em vista que o dever de assepsia do ambiente hospitalar é um dever ínsito à prestação do serviço. Neste caso, a prevenção contra esse risco corre por conta das empresas, não só por intermédio de técnicas de controle ambiental local, como de severa vigilância (isolamento) de possíveis focos. Mesmo quando for necessário operar um paciente com baixa resistência física ou imunológica, deve o hospital, antes de realizá-la, restabelecer seu poder de resistência ou então, no pós-cirúrgico, aplicar antibióticos para combate da infecção previsível. Não sendo adotados esses mecanismos, o hospital responderá pelos danos decorrentes da infecção que venha a atingir o paciente, independentemente de culpa. Como diz o brilhante magistrado Ênio Santarelli Zuliani, referindo-se a caso de morte de recém-nascido por infecção hospitalar, atingidos por bactérias que habitam CTI (do tipo *klebsiella pneumoniae*, por exemplo), que “fica impossível declarar não responsabilidade do hospital; afinal, se os bebês estão com baixa resistência ou pouco peso, redobrados deverão ser o cuidado e o zelo que lhe são dispensados”.<sup>32</sup>

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, que “tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação de ocorrência de caso fortuito, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recurso ou rotinas próprias dessa atividade à possibilidade de prevenção”.<sup>33</sup>

Finalmente, é importante fazer uma distinção entre infecção hospitalar e infecção decorrente de operação cirúrgica, tendo em vista que a primeira se origina das más condições do ambiente, dos equipamentos utilizados ou da falta de higiene dos profissionais, enquanto que a segunda deriva de consequências inerentes à própria intervenção, quando, então, não se creditará ao hospital ou ao médico a septicemia generalizada que possa ter surgido após a cirurgia por conta do contexto em que estava inserido o próprio paciente.<sup>34</sup>

## 7 A Lei nº 12.653/12 e a proibição de caução

Foi sancionada em 28 de maio de 2012 e está em vigência a Lei nº 12.653, que acresce o art. 135-A ao Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Có-

<sup>32</sup> Responsabilidade civil fundada em erro médico: inversão do ônus da prova, p. 15.

<sup>33</sup> REsp 116.372/MG, Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJU 02.02.1998 in Ênio Santarelli Zuliani, Responsabilidade civil fundada em erro médico, p. 15.

<sup>34</sup> Fabrício Zamprogna Matielo, Responsabilidade civil do médico, p. 157.

digo Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer espécie de garantia.

O projeto de lei foi elaborado pelos Ministérios da Justiça e da Saúde, e enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo em março, sendo votado em regime de urgência.

A lei foi inspirada na morte de Duvanier Paiva, um dos auxiliares do Governo Federal, no Ministério do Planejamento, que sofreu um infarto do miocárdio no dia 19 de janeiro de 2012 e faleceu após procurar atendimento em três hospitais privados de Brasília e não ser atendido exatamente porque não portava talonário de cheques para dar como garantia, tendo em vista que o seu plano de saúde não era aceito nos dois primeiros hospitais procurados. Quando foi atendido no terceiro nosocômio pouco já se podia fazer resultando na sua morte que, em tese, poderia ter sido evitada se tivesse sido atendido no primeiro hospital procurado.

Dentre outras providências, a lei estabelece pena de detenção de três meses a um ano mais multa, que pode ser dobrada se a falta de atendimento resultar em lesão corporal grave. Nos casos em que a omissão de socorro levar à morte do paciente, a exemplo do que ocorreu com Duvanier, a punição é triplicada.

Cabe rememorar que essa prática já era condenada pela Agência Nacional da Saúde (ANS), tanto que está prevista na Resolução Normativa nº 44, de 24 de julho de 2003. A agência reguladora, recebendo denúncia, pode adotar diversas medidas, inclusive multando o estabelecimento infrator. Na prática era de pouca eficácia para o usuário dos serviços de saúde tendo em vista que, diante da urgência, não poderia ficar aguardando a instauração do procedimento administrativo, algo a ser feito posteriormente à sua denúncia.

Com o advento da Lei nº 12.653 a situação do usuário mudou de figura porque agora, na eventualidade de negativa de atendimento, ele ou seus familiares ou qualquer outra pessoa do povo, poderão utilizar de um mecanismo mais ágil – a polícia como forma de obrigar o estabelecimento médico a prestar o atendimento necessário sob pena de prisão do responsável.

A partir de agora, exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer outra garantia pecuniária, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, constitui crime apenado com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. A pena será aumentada em até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e poderá ser aumentada até o triplo se resulta a morte.

Além de criminalizar a conduta o legislador se preocupou também com o caráter educativo e impôs através da referida Lei que os estabelecimentos de saúde que realizam atendimento médico-hospitalar emergencial ficarão obrigados a afixarem, em local visível, cartaz com a seguinte informação: “Constitui crime a exigência de cheque-caução, de nota promissória ou de qualquer garantia, bem como do preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, nos termos do art. 135-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

Como é de notória sabença, até antes do advento da referida Lei, qualquer pessoa que necessitasse de atendimento médico e, na eventualidade de o hospital procurado não ser conveniado, ou ainda nos casos de negativa de cobertura pelo plano de saúde, a exigência de caução era condição *sine qua non* para o atendimento, mesmo que emergencial.

Assim, a lei surge com o objetivo principal de inibir essa prática condenável, por demais utilizadas por hospitais, clínicas e outros prestadores de serviços médicos, priorizando-se doravante a vida e não a garantia de recebimento do prestador de serviços.

## 8 Iatrogenia

Iatrogenia é a doença que surge em consequência de uma intervenção médica, procedimentos clínicos em geral ou mesmo pelo emprego de medicamento (iatro = médico + genia = gerador). Ou seja, doença causada pelo procedimento médico adotado. Esclareça-se desde logo que a lesão iatrogênica, via de regra, não gera responsabilidade para o médico ou hospital, a não ser em face do descumprimento do dever de informação ou quando resultante de atuação ou omissão culposa.

A maior gama de iatrogenias não implica responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabemos que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado. Desde que o paciente tenha consentido, desde que tenha sido previamente informado e esclarecido sobre as possíveis consequências iatrogênicas, ainda que venha a ocorrer dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional.<sup>35</sup>

Nesse sentido é possível distinguir três tipos de iatrogenia: (a) lesões previsíveis e também esperadas, tais como mutilações decorrentes de extrações de órgãos ou membros; (b) previsíveis, mas inesperadas, decorrentes do perigo inerente a todo e qualquer procedimento, tal qual a reação alérgica a determinado tipo de medicamento; (c) falhas decorrentes do comportamento humano no exercício da profissão, passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal, como a confusão da veia safena com a artéria femoral, durante a safenectomia, cujo quadro evolui para uma gangrena.<sup>36</sup>

Nos dois primeiros casos, não há falar-se em responsabilidade civil, tendo em vista que tais riscos são inerentes à própria atividade médica. No terceiro

<sup>357</sup> João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, p. 31.

<sup>367</sup> Irany Novah Moraes. *Erro médico*, p. 83-93.

caso, haverá responsabilidade do profissional, pois terá cometido erro possível de ser enquadrado como grosseiro, ao confundir a veia com a artéria.

O médico é o único profissional que está autorizado, legalmente, a decidir sobre os destinos da vida humana. Em suas mãos o paciente pode até morrer ou sair gravemente lesionado que, ainda assim, poderá não haver responsabilidade civil ou penal, desde que o infortúnio tenha acontecido como resultado do esforço médico em busca da cura e da saúde do paciente.

No entanto, fica uma advertência: quando a vida do paciente corre perigo, o médico tem uma grande margem de atuação; ao contrário, quando o paciente não corre risco algum, essa liberdade de atuação resta seriamente diminuída. Deve haver uma proporção razoável entre riscos assumidos e benefícios esperados – e isso deve ser levado em consideração, concretamente nesses casos em que os possíveis benefícios não permitem arriscar o paciente mediante um tratamento duvidoso e pouco provado.<sup>37</sup>

## 9 Dos riscos próprios da atividade médica

A atividade médica é, pela sua própria natureza, uma atividade de risco, de tal sorte que, mesmo sendo praticada com regularidade e normalidade, dela pode resultar danos aos pacientes, os mais variados, incluindo a morte. Esse risco tem aumentado com a evolução dos medicamentos, equipamentos e novas técnicas postas à disposição da medicina. Além dos riscos naturais, há que se levar em conta a possibilidade de que cada paciente possa reagir a um mesmo tratamento (ou intervenção) de forma diferente em razão de fatores predisponentes, fatores agravantes e fatores desencadeantes. A tudo isso o médico tem condição de prever e informar ao seu cliente. Nessas circunstâncias, a ocorrência de eventos graves e até mesmo a morte não implicará responsabilização do médico, nem do hospital ao qual esteja vinculado, tendo em vista podermos classificar como riscos inerentes à própria atividade.

Nesse passo, urge fazer uma distinção entre o que seja risco inerente e o risco adquirido: para o hoje Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin,<sup>38</sup> o risco inerente é aquele próprio do produto ou do serviço, isto é, intrínseco, da sua própria natureza, de tal sorte que embora possa ser causa de acidentes, a periculosidade desse produto/serviço lhe é própria, não gerando dever indenizatório em caso de acidente, sendo exemplos os medicamentos, os agrotóxicos, a faca de cozinha etc. Já no que diz respeito ao risco adquirido, diferentemente do risco inerente, significa dizer que os produtos ou serviços que não seriam perigosos em condições normais tornaram-se perigosos em razão de um defeito que lhes tenha atingido.

<sup>37</sup> Joaquim Ataz Lopez. *Los médicos y la responsabilidad civil*, p. 113-115.

<sup>38</sup> *Comentários ao Código de proteção do consumidor*, p. 47-52.

A periculosidade inerente é previsível e normal em decorrência de sua própria natureza, como no caso de uma faca afiada que somente servirá aos fins a que se destina e, portanto, atenderá as legítimas expectativas do consumidor, se cumprir sua função “perigosa” de cortar. Assim, acidentes decorrentes de seu uso não implicarão responsabilização para o seu fabricante, tendo em vista que não se poderá falar em defeito.

Já no que diz respeito à periculosidade adquirida, a mesma surge em decorrência de um defeito, fazendo com que um produto/serviço que não era potencialmente perigoso venha assim se tornar em razão de um defeito que não era possível prever nem evitar.

Transportando tais conceitos para a atividade médica e, nos escudando em Sergio Cavalieri Filho,<sup>39</sup> podemos dizer que não respondem os médicos, nem os hospitais, pelos riscos inerentes à sua atividade, porque em tais casos não se poderá falar em defeito do serviço. É o caso de uma cirurgia em uma pessoa diabética, ou em uma pessoa idosa e debilitada, ou mesmo noutros tipos de cirurgias e procedimentos nos quais o risco de insucesso possa ser previsível e até certo ponto considerado normal. Estaremos diante de riscos que não podem ser eliminados, podendo ser considerados normais e previsíveis, logo, desde que devidamente informado ao paciente, não se poderá falar em indenização se o infortúnio vier a acontecer, porque não teria decorrido de nenhum defeito na prestação do serviço. Diferentemente será a situação de uma pessoa saudável e em perfeitas condições física que, se submetendo a uma simples cirurgia para extração de amídalas, venha a falecer em razão de infecção hospitalar generalizada. Nesse caso, estaremos diante do chamado risco adquirido, havendo, portanto, um defeito na prestação do serviço médico/hospitalar, podendo ser identificado como a causa determinante da morte do paciente, fazendo surgir o dever indenizatório que recairá sobre o hospital.

No dizer de Jean Calais, *“em matéria de saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que dele legitimamente se espera”*.<sup>40</sup>

Rememore-se, por fim, que o médico trabalha sempre com uma margem de risco, e que esse risco é inerente à sua atividade. Além dos riscos previsíveis, outros podem surgir em decorrência de circunstâncias impossíveis de se prever no início do tratamento ou cirurgia, podendo ser considerado caso fortuito. Se a circunstância for daquelas previsíveis, o médico deverá informar ao paciente, para que este decida se vale a pena correr os riscos previsíveis daquela determinada intervenção. Se assim proceder, na eventualidade ocorrência do dano, nem médico, nem hospital, poderão ser responsabilizados.

<sup>39</sup> Programa de responsabilidade civil, 7. ed., p. 375.

<sup>40</sup> Apud Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit. p. 48.

Apesar disso, haverá situações em que o consentimento não será possível de obter-se. Tomemos como exemplo o cirurgião que se propõe a realizar uma apendicectomia em fase supurada, podendo prever antecipadamente as consequências que o ato médico pode desencadear. Ocorre que o estado do paciente não admite maiores delongas, de sorte que a conduta do profissional justificará o ato cirúrgico imediato, pois que, a cada momento de espera ou observação, maiores compromissos lesivos o organismo adquire. No entanto, o ato, por si só já é um somatório de causa e concausas que poderão até mesmo levar o paciente à morte. A peritonite, a infecção aguda, numa sobrecarga do doente, tem condições de trazer um desfecho não desejado, mas previsível. Apesar de toda diligência, cuidados, atenção e vigilância no pós-operatório, às vezes isso não é suficiente para garantir o objetivo almejado – salvar uma vida. Nessas circunstâncias, se vem a ocorrer a morte do paciente, não se cogitará de analisar a existência de culpas, pois estaremos diante de um risco profissional, resultando num prejuízo ou dano, sem tipificar a ilicitude e, portanto, torna-se escusado. O risco profissional é uma inerência firmada na estrutura do acontecimento.<sup>41</sup>

## 10 Jurisprudência

### 10.1 Responsabilidade objetiva dos hospitais

**RECURSO ESPECIAL. – DENUNCIÇÃO À LIDE – MÉDICA PLANTONISTA QUE ATENDEU MENOR QUE FALECEU NO DIA SEGUINTE – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O HOSPITAL. – DENUNCIÇÃO DA MÉDICA À LIDE – IMPOSSIBILIDADE – SERVIÇO DE EMERGÊNCIA – RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. – PRODUÇÃO DE PROVAS QUE NÃO INTERESSAM AO PACIENTE – CULPA DA MÉDICA – ÔNUS DESNECESSÁRIO.** 1– A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes. 2 – O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional. 3 – Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denúncia à lide. 4 – A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto. Por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital. 5 – A conduta do médico só

<sup>41</sup> Wanderley Lacerda Panasco. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*, p. 56.

interessa ao hospital, porquanto ressalvado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente. 6 – Recurso especial conhecido e não provido (STJ – REsp 801.691 – (2005/0200144-0) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – *DJe* 15.12.2011 – p. 674).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CIRURGIA CARDÍACA – COMPLICAÇÕES PÓS-OPERATÓRIAS – AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR ESQUERDO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – DANOS MORAL, MATERIAL E ESTÉTICO – CUMULATIVIDADE – VALOR INDENIZATÓRIO – TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS – RECURSO DESPROVIDO.** 1– É inquestionável a existência de relação de consumo na hipótese, considerando que o apelado, como paciente do hospital apelante, é o destinatário final dos serviços de saúde fornecidos por este nosocômio, conforme definição do código de defesa do consumidor. 2 – Os hospitais respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, ficando ressalvado o direito de regresso destes em desfavor dos profissionais responsáveis, cuja responsabilidade é subjetiva. 3 – Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve avaliar e sopesar a dor do ofendido, proporcionando-lhe adequado conforto material como forma de atenuar o seu sofrimento, sem, contudo, deixar de atentar para as condições econômicas das partes. Correto, ainda, que a compensação pelo prejuízo não resulte em obtenção de vantagem indevida. Não pode, ademais, ser irrisória, posto que visa coibir a repetição de comportamento descompromissado. Ademais, predomina a teoria do desestímulo, que tem como princípio a medida preventiva e de desestímulo a repetição de comportamento semelhante ao que gerou o constrangimento de ordem moral. 4 – Acerca dos danos estético e materiais não merece reparos a r. sentença apelada, considerando que a quantia foi arbitrada de forma razoável e de acordo com a orientação legislativa pertinente para reparação dos danos experimentados a este título pelo apelado. 5 – “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (SÚMULA 387, STJ), e, de igual forma, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (SÚMULA 37, STJ). 6 – “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (SÚMULA 54, STJ) (TJDFT – Rec. 20090111327102 – (566737) – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – *DJe* 27.02.2012 – p. 730).

**TETRALOGIA DE FALLOT – DOENÇA CARDÍACA GRAVE – CIRURGIA REALIZADA – SEQUELAS QUE DEIXARAM A MENOR EM ESTADO VEGETATIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO POR PARTE DO HOSPITAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDAS, PORÉM REDUZIDAS – VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDO – PROVIMENTO PARCIAL.** 1. Aplica-se ao caso em análise a responsabilidade objetiva, uma vez que se trata de relação de consumo, dispensada, portanto, a comprovação da culpa. 2. Muito embora a apelada seja portadora de doença cardíaca grave e tenha se submetido à cirurgia reparadora após o período recomendado, faltou o hospital com seu dever de informação, uma vez que deveria ter informado aos pais da menor, por meio de documento claro e explicativo todos os riscos inerentes ao procedimento que seria realizado e da gravidade do estado clínico da paciente, que entrou no nosocômio falando e se locomovendo e

saiu de lá em estado vegetativo. 3. Logo, evidente que são devidas as indenizações pelos danos morais e materiais sofridos pela criança que nunca mais terá uma vida normal. Entretanto os valores arbitrados pela sentença de piso merecem ser reduzidos para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pelos danos morais e pensão vitalícia de 3 (três) salários-mínimos mensais, pelos danos materiais. 4. Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 15% (quinze por cento) do valor das indenizações, lembrando que, no tocante aos danos materiais serão calculados sobre as prestações vencidas mais 1 (um) ano das vincendas, conforme precedentes do STJ. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido (TJ-ES – AC 47040055551 – Terceira Câmara Cível – Rel. Desig. Des. Subst. Willian Silva – j. 15.12.2009 – DJES 23.02.2010 – p. 18).

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE DEFEITUOSA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR – CARACTERIZAÇÃO – FALHA DE DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO INCORRETO, LEVANDO À PROLONGAÇÃO INDEVIDA DA PERMANÊNCIA DE RESTOS DE ABORTO ESPONTÂNEO INCOMPLETO NO ÚTERO DA PACIENTE, COM DORES E SÉRIOS RISCOS DE VIDA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR PARTE DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR – DANOS MORAIS INEQUÍVOCOS – REDUÇÃO DA VERBA FIXADA, PARA ATENDER CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO, ENTRETANTO, QUE NÃO LEVA À REPARTIÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA (SÚMULA Nº 326 DO STJ) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. A exceção de apuração subjetiva da responsabilidade “aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente”. 2. A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido. Deve o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como a outras circunstâncias de relevo, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. 3. A estipulação a título de danos morais é meramente estimativa e sua redução não implica sucumbência recíproca (TJ-SP – APL 990.10.206812-9 – Ac. 4727757 – São Paulo – Décima Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Gilberto Dos Santos – j. 26.08.2010 – DJESP 20.10.2010).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRAVO RETIDO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – NÃO ACOLHIMENTO DA PRESCRIÇÃO – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR EM FACE DE ATO DE PREPOSTO – VALOR DA INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL – AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.** O estabelecimento hospitalar é prestador de serviços que se compromete a prestar auxílio médico por meio dos profissionais que indica, in-

cidindo sobre a relação às normas de defesa do consumidor, por isso é seu dever zelar pelas atividades dos subordinados, sob pena de ser responsabilizado objetivamente pelos danos por eles causados. “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça) (TJMS – AC-O 2005.005608-8/0000-00 – Dourados – 4ª T. Cív. – Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz – j. 10.04.2007 – *DOEMS* 23.04.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR.** Erro de diagnóstico devidamente evidenciado retardando o tratamento adequado da moléstia sofrida pela paciente, causando-lhe risco de vida. Perícia técnica concluindo pela ocorrência de falha na prestação de serviço do hospital. Ausência de causa excludente dessa responsabilidade. Danos morais identificados. Verba indenizatória adequadamente fixada com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso improvido. Sentença que de mantém (TJRJ – AC 2006.001.66976; Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Rudi Loewenkron – j. 28.02.2007).

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RITO SUMÁRIO – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE INFECÇÃO PUERPERAL DE QUE FOI ACOMETIDA A AUTORA, PROVOCADA POR RESTOS DE PLACENTA NÃO TOTALMENTE RETIRADA POR OCASIÃO DO PARTO NORMAL A QUE FOI SUBMETIDA NO HOSPITAL RÉU.** Sentença de procedência que condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de trezentos salários-mínimos, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais, além da sucumbência. Apelação do réu. Configurada a relação consumerista existente entre as partes, a natureza da responsabilidade no caso em tela é objetiva. Comprovados nos autos a existência de uma conduta praticada pelo apelante, o dano sofrido pela apelada e o nexo de causalidade. Laudo pericial que indica como provável causa da infecção puerperal a existência de restos deciduais autolisados. Decreto condenatório embasado por vastos e suficientes elementos probatórios no sentido da existência de conduta negligente do apelante quando do procedimento obstétrico. Indenização fixada em valor excessivo, extrapolando-se os princípios basilares da proporcionalidade e razoabilidade. Quantum que deve ser acomodado em patamar um pouco mais módico, em montante equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos. Recurso ao qual se dá parcial provimento (TJRJ – AC 2004.001.31285; Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Orlando de Almeida Secco – j. 06.02.2007).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA CONTRA HOSPITAL – CIRURGIA PARA A RETIRADA DE ÚTERO – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO NA APLICAÇÃO DA ANESTESIA – SEQUELAS NA AUTORA – DEFESA DO HOSPITAL DIZENDO QUE A RESPONSABILIDADE É DA EMPRESA CONVENIADA AO PLANO DE SAÚDE DA AUTORA QUE PRESTOU O SERVIÇO DE ANESTESIA E DAS MÉDICAS ANESTESISTAS QUE TRABALHARAM DURANTE A CIRURGIA – PEDIDO DO RÉU PARA QUE TAIS PESSOAS SEJAM INCLUÍDAS NO POLO PASSIVO DA AÇÃO – DESPACHO SANEADOR – INDEFERIMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO INSISTINDO NO DEFERIMENTO – IMPROVIMENTO.** 1. Como é objetiva a responsabilidade do hospital pelo alegado erro médico, o que dispensa discussão sobre a ocorrência de dolo ou culpa, o juiz pode indeferir a intervenção de terceiro, requerida pelo réu, se con-

cluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. Esse indeferimento não causa qualquer prejuízo às partes, porque se o hospital ficar vencido na demanda, em face da responsabilidade objetiva, poderá propor ação autônoma de regresso nos mesmos autos da ação originária contra os responsáveis pela prestação do serviço de anestesia, ocasião em que deverá provar o dolo ou a culpa dos mesmos. 2. Recurso conhecido e desprovido para manter a decisão interlocutória proferida no despacho saneador que indeferiu o pedido de intervenção de terceiro, mas deferiu o de inversão do ônus da prova e de produção de prova pericial e testemunhal e determinou a designação de audiência de conciliação (TJDFT – AGI 20040020079582 – (250317) – Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati – DJU 17.08.2006 – p. 74).

**DANO MORAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – ASSISTÊNCIA MÉDICA – LESÃO ESTÉTICA.** Bisturi elétrico que entrou em funcionamento indevidamente causando queimadura no joelho da autora. Configuração como deficiência no serviço e não erro médico. Relação de consumo verificada. Responsabilidade objetiva caracterizada. Art. 14º do Código de Defesa do Consumidor. Verba devida, fixado seu valor em 100 (cem) salários-mínimos. Indenizatória parcialmente procedente. Recurso desprovido (TJSP – AC 372.968-4/0-00; São Bernardo do Campo – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Beretta da Silveira – j. 25.04.2006).

**AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE HOSPITALAR – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – VIDEO-LAPAROSCOPIA – APLICAÇÃO DE IODO – ERITEMA NAS NÁDEGAS.** A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas se o serviço prestado pelo Hospital foi defeituoso ou não. A configuração dos elementos nexos causal e dano geram o dever de indenizar. No caso concreto, o procedimento cirúrgico realizado na autora não ocorreu com a devida cautela, porquanto a mesma após ter tido alta, permaneceu com solução de iodo em suas nádegas, ocasionando-lhe desconforto que, em seguida, tornou-se um eritema, em decorrência do lapso temporal com que a mesma permaneceu com a substância em contato com a pele. O dano moral, na hipótese, mostra-se devido em decorrência do sofrimento e abalo psíquico experimentado pela paciente. Sentença mantida, recurso improvido (TJRS – RInom 71000827337; Porto Alegre – Segunda Turma Recursal Cível – Relª Desª Maria José Schmitt Sant’Anna – j. 18.01.2006).

**APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA – INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – ART. 14, § 3º DO CDC.** É certo que a responsabilidade dos hospitais, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90 passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadores de serviços, devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que restou comprovado o fornecimento, pelo hospital demandado, de toda a assistência necessária ao

tratamento da enfermidade apresentada pela esposa e mãe dos recorrentes, colocando à disposição da paciente os equipamentos e medicamentos indispensáveis à atuação dos profissionais que procederam ao tratamento recomendado para o caso, cuidados que, embora adequados, não puderam evitar o óbito da paciente, que se deu em virtude de uma septicemia. Prova pericial conclusiva no sentido de que os procedimentos utilizados foram adequados e bem executados, não se verificando qualquer situação apta a caracterizar a negligência, imprudência e imperícia dos médicos, ou má-prestação do serviço hospitalar. Defeito inexistente. Responsabilidade civil do hospital afastada. Sentença de improcedência mantida. Apelação improvida (TJRS – AC 70013749148 – Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 26.01.2006).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – REDUÇÃO DA CAPACIDADE ARTICULATÓRIA DO JOELHO DIREITO – INFECÇÃO HOSPITALAR APÓS PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA CULPA DO HOSPITAL – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA – DANO MATERIAL CIRCUNSCRITO AO PAGAMENTO DE CONSULTAS E FISIOTERAPIAS – REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL NÃO COMPROVADA – DANO À IMAGEM E DANO MORAL – ABRANGÊNCIA – CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA – RAZOABILIDADE.** Os hospitais, considerados prestadores de serviços, submetem-se às normas insertas no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a responsabilidade civil das entidades hospitalares é do tipo objetiva, que não exige a comprovação da culpa do nosocômio, exigindo tão somente prova do dano e do nexo de causalidade. A pensão mensal vitalícia, como forma de indenização de danos materiais, só deve ser fixada nos casos em que há prova da perda significativa da capacidade laborativa do lesado. O dano à imagem é modalidade do dano moral ou extrapatrimonial, mas ambos não se distinguem entre si, devendo ser avaliados conjuntamente no momento da fixação de uma única quantia indenizatória. Por isso, quando decorrentes de idêntico fato, não é cabível a concessão simultânea de reparação por danos morais e danos à imagem, cada qual sob rubrica própria, por serem a mesma figura jurídica. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva (TJSC – AC 2000.007946-4 – Santo Amaro da Imperatriz – 2ª CDCiv – Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben – j. 01.12.2005).

**INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – ERRO MÉDICO – CASA DE SAÚDE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PROVA.** 1. Provado que os prepostos da ré agiram com imprudência, negligência e/ou imperícia, deve a casa de saúde responder por eventuais danos causados, ante a culpa *in eligendo*. 2. Ainda que a culpa não estivesse evidenciada, consoante o disposto no Código de Defesa do Consumidor o estabelecimento hospitalar responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços médicos. 3. Imprescindível que o hospital, ao se habilitar a realizar uma cirurgia, tenha profissionais de saúde adequadamente trei-

nados, aptos a garantir o atendimento e atenção especializada aos pacientes, além de material médico adequado e em quantidade suficiente para atender a qualquer eventualidade. 4. Na fixação de ressarcimento a título de dano moral, deverá o juiz levar em consideração critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. 5. Apelo provido em parte (TJDF – APC 20020910042373 – 6ª T. Cív. – Relª Desª Sandra de Santis – DJU 02.08.2005 – p. 135).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL, DANOS EMERGENTES E PENSÃO ALIMENTÍCIA – RECONHECIMENTO – MORTE PREMATURA DE FILHO, DECORRENTE DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR.** Aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Ausência de prova de qualquer das excludentes. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP – AC 385.381-4/1-00; Guarulhos – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Teixeira Leite – j. 27.10.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – OMISSÃO NO TRATAMENTO CIRÚRGICO DE FRATURA EM MEMBRO INFERIOR – ÔNUS DA PROVA – DANO MORAL – PENSÃO – IMPROVIDO.** 1 – Na prestação de serviço hospitalar, o ônus da prova deve ser invertido, o que vale dizer que o hospital demandado só pode eximir-se da culpa provando que o dano é decorrente da culpa do próprio paciente. 2 – Dano moral e pensão adequadamente fixados (TJMS – AC 2002.011595-9/0000-00 – Campo Grande – 2ª T. Cív. – Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges – j. 09.11.2004).

**PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RELAÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE HOSPITAL E PACIENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL – DEVER DE INDENIZAR – LUCROS CESSANTES – NÃO DEMONSTRAÇÃO – DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO – INVIABILIDADE.** A relação entre hospital e paciente caracteriza-se como de consumo, qualificando-se o hospital como autêntico prestador de serviços, nos termos dos artigos 2º e 3º, § 2º, da Lei 8.078/90, respondendo objetivamente pelos danos causados ao paciente ou a sua família (RT 774/396). Não comprovando a incapacidade para o trabalho, o período no qual perdeu tal impedimento, bem como a média dos rendimentos, não se pode buscar lucros cessantes, ante a ausência de provas do montante a ser auferido. Inviável a majoração da indenização por danos morais quando verificados que estes foram arbitrados em estrita atenção ao dano ocorrido e às condições das partes (TAMG – AP 0444364-5 – (91925) – Ubá – 4ª C. Cív. – Rel. Juiz Antônio Sérvulo – j. 17.11.2004).

**HOSPITAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSO.** Como prestadores de serviços que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores. Essa responsabilidade tem por fato gerador o defeito do serviço, conforme expressamente previsto no artigo 14 do CDC, que, em última instância, criou para o fornecedor um dever de segurança e idoneidade em relação aos serviços que presta aos consumidores. Simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange, caracteriza falha do serviço e leva à indenização independentemente de culpa

(TJRJ – Ac. unân. da 2ª Câm. Cív. – Ap. 11.323/98 – Rel. Des. Sergio Cavaliere – publ. em 10.06.1999 – *COAD*, v. 2, p. 151).

**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ASSISTÊNCIA MÉDICA – HOSPITALAR – NEXO CAUSAL – ERRO.** Em relação à responsabilidade civil do médico (CC, artigo 1.545),<sup>42</sup> na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o artigo 14, § 4º, do CDC, será apurada mediante verificação da culpa. Isto é, será avaliada de acordo com o maior ou menor grau de previsibilidade de dano. O compromisso do médico é utilizar os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Ou seja, usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil, apurada dentro dos limites da má prática. Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). Basta o nexo causal e o dano sofrido. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos (artigo 14, *caput*, do CDC). Em se tratando de médicos que tenham vínculo empregatício com pessoas jurídicas de direito público ou privado, a exemplo das clínicas e hospitais, a reparação civil por dano culposo será arguida dos respectivos estabelecimentos de saúde (CC, artigo 1.521, III),<sup>43</sup> combinado com os artigos 3º e 14 do CDC. Ainda assim, terão as empresas médicas direito de regresso, conforme estabelecem as súmulas 187 e 188 do STF (TJSP – Ac. unân. da 9ª Câm. de Direito Público de Férias – Ap. Civ. 127.793.5/2-00 – Rel. Des. Antonio Rulli – j. 23.08.2000 – *COAD*, v. 3, p. 139).

## 10.2 Responsabilidade dos hospitais públicos

**RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – MORTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO – DENUNCIÇÃO À LIDE – NÃO OBRIGATORIEDADE – RECURSO DESPROVIDO.** 1. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denúncia à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III). 2. A denúncia à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Cons-

<sup>42</sup> Referência ao Código Civil de 1916. Ver art. 951 do Código atual.

<sup>43</sup> *Idem*. Ver art. 932, III.

tuição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide. 3. Recurso Especial desprovido (Superior Tribunal de Justiça STJ – REsp 1.089.955 – Proc. 2008/0205464-4 – RJ – Primeira Turma – Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Denise Martins Arruda – j. 03.11.2009 – DJE 24.11.2009).

**DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONDUTA NEGLIGENTE DE HOSPITAL PÚBLICO – CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE – DIREITO À REPARAÇÃO DE DANO MORAL.** 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º), a qual se funda no risco administrativo, ou seja, para a aferição da responsabilidade civil do Estado e o consequente reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos causados, basta que o lesado prove os elementos ato/fato, dano e nexo causal, atribuíveis ao Poder Público ou aos que agem em seu nome, por delegação. 2. O Autor, em 14.02.2005, submeteu-se a procedimento cirúrgico de retirada do fixador externo da tíbia esquerda, adquirindo uma infecção tardia pós-operatória. Mesmo assim, foi liberado. Presente a causalidade como elemento necessário à configuração da responsabilidade civil da União Federal, posto que, se a prestação do serviço público tivesse sido eficaz, teria resguardado o Autor de todos os problemas criados. 3. A União não conseguiu provar que não se reputa como erro médico o fato de o paciente ter sido liberado sem tratamento completo do acidente e de suas sequelas. 4. A reparação civil do dano moral, diversamente do que se verifica em relação ao dano patrimonial, não visa a recompor a situação jurídico-patrimonial do lesado, mas sim à definição de valor adequado, pela dor, pela angústia, pelo constrangimento experimentado como meio de compensação. 5. Pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, os quais preveem que a fixação do valor indenizatório pelo dano moral deve levar em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor a ser pago não constitua enriquecimento sem causa da vítima, afigura-se justa e compensatória a quantia fixada pela sentença no valor equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 6. Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença confirmada (TRF 02ª R. – Ap-RN 2007.51.01.004781-9 – Sexta Turma Especializada – Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros – DEJF2 10.11.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – ERRO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE PARTO – LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA – ALEGAÇÃO DE SENTENÇA EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA – COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS – PROVA – DANOS MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO – VALOR – CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO.** 1. Versando a lide sobre a responsabilidade decorrente de atendimento defeituoso prestado no âmbito do SUS, configurada está a solidariedade passiva dos entes públicos. 2. A sentença que condenou os réus ao pagamento de uma pensão vitalícia ao autor não é *extra petita* pois a condenação decorre do pedido formulado na inicial de reparação dos danos materiais e futuros. 3. A prova pericial não deixa dúvidas acerca dos danos causados ao nascituro quando da realização defeituosa do procedimento de parto, demonstrando o imprescindível nexo de causalidade. 4. O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição socioeconômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade,

a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido (TRF 04ª R. – APL-RN 2004.71.02.006056-5 – RS – Terceira Turma – Relª Desª Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – j. 13.07.2010 – DEJF 29.07.2010 – p. 515).

**CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CIVIL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – ERRO MÉDICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE – INDENIZAÇÃO.** A responsabilidade objetiva independente da comprovação de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação e do nexo de causalidade entre ambos (art. 37, § 6º, da CF/88). Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à administração e o dano, exsurge para o ente público o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo. Provada a responsabilidade do hospital de clínicas, pois no curso de exame de investigação, a autora sofreu perfuração da junção retosigmoide, causando-lhe inúmeros transtornos, não havendo como eximir-se da indenização. A prova dos autos demonstra que o réu é civilmente responsável pelo erro médico cometido durante a realização de exame de colonoscopia. Indenização por danos morais fixada em R\$ 50.000,00, segundo a situação econômica do ofensor, prudente arbítrio e critérios viabilizados pelo próprio sistema jurídico, que afastam a subjetividade, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à ofensa e ao dano a ser reparado, porque a mesma detém dupla função, qual seja: compensar o dano sofrido e punir o réu. Atualização monetária, juros moratórios e sucumbência mantidos. Indenização por danos materiais referente aos valores dos salários mensais, férias, gratificações natalinas e FGTS do período de afastamento e despesas com transporte, conforme arbitrado na sentença. Prequestionamento quanto à legislação invocada fica estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida (TRF 4ª R. – AC 2001.71.00.033544-4 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva – DJU 29.11.2006 – p. 800).

**PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV – HOSPITAL PÚBLICO – TRANSFUSÃO SANGUÍNEA – PROVA PERICIAL.** A responsabilidade do estado, embora objetiva por força do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, não dispensa o requisito do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída aos seus agentes e o dano causado a terceiro. A prova documental produzida, somada ao laudo do *expert* do juízo, não imprime convicção de que a contaminação pelo vírus HIV ocorreu com a transfusão de sangue realizada em hospital público. Recurso improvido (TRF 2ª R. – AC 1993.51.01.062450-0 – 6ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Fernando Marques – DJU 09.10.2006 – p. 237).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV – TRANSFUSÃO DE SANGUE – HOSPITAL PÚBLICO – EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL – INDENIZAÇÃO.** I. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao tratar da responsabilidade da administração pública, adotou, como regra, a teoria do risco administrativo, que exige para sua configuração a relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. II. No presente caso trazido à colação restou evidenciado o nexo causal entre a conduta dos agentes públicos e o dano causado à parte

autora, tendo em vista que da narrativa dos acontecimentos, corroborada pelo conjunto de provas, depreende-se que o vírus HIV foi adquirido pelo autor através de transfusão sanguínea realizada no hospital da lagoa. III. Fixou o juízo de 1ª grau, com correção e rigor técnico os danos materiais, consistentes no pagamento de pensão mensal vitalícia no valor de R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais), bem como na condenação da União Federal a prestar toda assistência médica necessária ao autor. IV. *In casu*, entendo como razoável a fixação dos danos morais em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), tendo em vista, em especial, as peculiaridades do caso em concreto, e, levando-se em conta que as indenizações em caso da perda da vida humana gravitam em torno de 300 salários-mínimos, a fixação em 200 salários, atende o princípio da razoabilidade. V. Remessa necessária e apelações a que se negam provimento (TRF 2ª R. – AC 1991.51.01.133955-5 – 7ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Reis Friede – DJU 09.12.2005 – p. 349).

**CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXTRACONTRATUAL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PÚBLICO – NECROSE DOS DEDOS DA MÃO ESQUERDA – DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – REPARAÇÃO – DEVER.** Ação ordinária ajuizada objetivando danos morais, materiais e estético, em virtude de necrose das falanges dos dedos da mão esquerda, advinda da intervenção médica ocorrida no Hospital Geral de Bonsucesso, em recém nascida prematura e com insuficiência respiratória, com fundamento na responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF). Os danos materiais postulados pela vítima são devidos no limite do que se comprovou nos autos, bem como no patamar do que tem correlação com o evento dano. A responsabilidade objetiva dispensa a parte de provar a culpa *lato sensu*, ante a adoção, pelo direito pátrio, da teoria do risco administrativo. São acumuláveis os danos morais e estéticos, mesmo que derivados de um mesmo fato, eis que a ofensa dirige-se a bens jurídicos distintos. Dano estético e danos morais fixados em conjunto, sendo que, para a quantificação dos danos, deve-se levar em consideração, para a hipótese, a tenra idade da vítima, a deformidade que lhe acompanhará pela vida e a angústia e sofrimento pelo mal sofrido (TRF 2ª R. – AC 330136 – RJ – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo – DJU 26.02.2004 – p. 99).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – EXAME – INJEÇÃO DE CONTRASTE – LESÃO – REDUÇÃO SIGNIFICATIVA DA CAPACIDADE LABORATIVA – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – SOLIDARIEDADE ENTRE O MUNICÍPIO E A AUTARQUIA HOSPITALAR – REGIME OBJETIVO DE RESPONSABILIDADE – DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE.**

1. Nos termos do artigo 5º, da Lei Municipal n. 1.418/71, observa-se que o Município de Passo Fundo detém o controle administrativo sobre o Hospital Beneficente César Santos, sendo seu mantenedor. Não obstante isso, o atendimento prestado foi feito no sistema SUS de saúde. Então, com base no disposto na Lei Municipal, conjugado com o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, tanto o Município, na condição de pessoa jurídica de Direito Público interno, quanto à autarquia hospitalar respondem conjuntamente pelos danos eventualmente causados e decorrentes da má-prestação do serviço público de saúde. 2. O regime de responsabilidade civil é objetivo, nos termos do artigo 37, § 6º, CF/88. 3. Presentes os pressupostos do dever de indenizar, são devidos os pedidos de compensação por danos morais, danos estéticos, e pensionamento. A prova dos autos revelou que por conta de erro no procedimento do exame de urografia excretora, a autora perdeu 80% de

sua capacidade laborativa. 4. Termo inicial dos juros moratórios redefinido em reexame necessário, bem como o valor do pensionamento. 5. Admitida a compensação de honorários. RECURSOS DESPROVIDOS. SENTENÇA READEQUADA EM REEXAME NECESSÁRIO (TJ-RS – AC 70039490313 – Passo Fundo – Nona Câmara Cível – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Íris Helena Medeiros Nogueira – j. 24.11.2010 – DJERS 02.12.2010).

**CIVIL E PROCESSO CIVIL – INDENIZAÇÃO – HOSPITAL PÚBLICO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA CESARIANA – APLICAÇÃO DE ANTI-INFLAMATÓRIO EM VEZ DE ANESTESIA – SEQUELAS NA PACIENTE – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO VOLUNTÁRIA DO DF – INADEQUAÇÃO FORMAL – REMESSA NECESSÁRIA – IMPROVIMENTO.** 1. Incumbe ao apelante zelar pela regularidade formal do recurso, pois se juntado aos autos de forma incompleta, impõe-se a negativa de seguimento. 2. Na seara da responsabilidade objetiva do estado, basta a prova do dano e do nexo causal com a conduta de agente público no exercício de suas funções, para que se justifique a indenização pelos danos sofridos pelo jurisdicionado. 3. Recurso voluntário não conhecido. 4. Remessa de ofício conhecida e improvida (TJDFT – APC 20020110154356 – 4<sup>a</sup> T. Cív. – Rel. Des. Cruz Macedo – DJU 25.10.2005 – p. 109).

**CIVIL E PROCESSO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – DANOS MORAL E MATERIAL – TRATAMENTO MÉDICO – NEXO DE CAUSALIDADE – PRESUNÇÃO DE CIRURGIA SER A CAUSADORA DO DANO SOFRIDO PELO AUTOR – ESQUECIMENTO DE CORPO ESTRANHO (PINÇA CIRÚRGICA) NA CAVIDADE ABDOMINAL DO PACIENTE.** 1. Cabe ao estado o dever de indenizar sempre que demonstrada a existência do fato praticado por agente do serviço público que, nessa qualidade, causar dano. A responsabilidade do estado é objetiva quanto a atos danosos praticados nos hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviçais. 2. Há necessidade de se provar o nexo de causalidade entre o ato praticado pela administração pública e o dano sofrido pelo autor. 3. A simples alegação de que a data afirmada pelo autor e a do prontuário não coincidem não é suficiente para afastar o nexo de causalidade. 4. Para indenização por danos materiais há a necessidade de prova. 5. Recurso parcialmente provido (TJDF – APC 20030110904334 – 1<sup>a</sup> T. Cív. – Rel. Des. Nívio Gonçalves – DJU 23.08.2005 – p. 246).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL MUNICIPAL – MAU ATENDIMENTO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE – NEXO CAUSAL – COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO – OBRIGATORIEDADE – DANOS MATERIAL E MORAL.** Paciente que faleceu, em razão de meningite. Doença detectada tardiamente pelo hospital em que foi atendido várias vezes. Mau atendimento médico prestado pela municipalidade. Revelada está a relação de causalidade entre a ação dos médicos, que atenderam a vítima e o evento danoso. A responsabilidade restou patente. Indenização pelo dano material. Condenada a ré a pagar, aos autores, 2/3 do salário do falecido de acordo com o que seria pago mensalmente, se vivo estivesse, corrigida monetariamente, todos os anos, pelo IPC, ou outro índice que vier a substituí-lo. Indenização por dano moral. É notório o dano moral sofrido pelo autores, em razão da morte do filho, independentemente das causas do incidente. Fica estipulada a indenização de 100 (cem) salários-mínimos a título de danos morais. Correção monetária. Deve incidir desde a data do evento

morte da vítima. Juros de mora. Deverão ser no percentual de 6% ao ano, a partir da citação. Ônus da sucumbência, inclusive os honorários advocatícios. Deverão ficar ao encargo da ré. Fixa-se a verba honorária advocatícia em 10%, do valor da condenação, computadas as duas espécies de danos, e quanto ao valor dos danos materiais os já vencidos e os vincendos, por um ano. Deram provimento ao recurso” (TJSP – AC 307.816-5/0-00 – 4ª CDPúb. – Rel. Des. Fed. Viana Santos – DJSP 17.12.2003 – p. 39).

**ATO ILÍCITO – HOSPITAL PÚBLICO – APARELHO DE GESSO COLOCADO ERRADAMENTE – CONSOLIDAÇÃO DEFEITUOSA – INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL E PERMANENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – PROVA DA CULPA – DESNECESSIDADE – EXCLUDENTES DA OBRIGAÇÃO – ÔNUS DE SUA PROVA – DENUNCIÇÃO DO MÉDICO ATENDENTE – FALTA DE PROVA DE TER SIDO ELE O COLOCADOR DO APARELHO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA DENUNCIÇÃO – APELAÇÃO.** 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, par. 6º), só se isentando ele se provar culpa exclusiva da vítima, ato de terceiro, caso fortuito ou força maior, de forma que não tem ele como fugir à obrigação de indenizar a pessoa que sofreu fratura, foi atendida num dos seus Hospitais e por ter sido mal engessada, ficou com defeito incapacitante no tornozelo direito. 2. Na responsabilidade objetiva a vítima não tem que provar culpa do réu, mas apenas a ocorrência do fato danoso, cabendo ao réu da ação o ônus de provar uma das causas excludentes de sua obrigação de indenizar. 3. No caso de deformidade decorrente de aparelho de gesso mal colocado, não pode ser condenado o médico denunciado se a prova indica que ele apenas prescreveu o aparelho, o qual foi colocado de forma errada por outro servidor, este sim, o responsável pelo dano. 4. Apelação a que se nega provimento e sentença que em reexame necessário se confirma (JRC) (TJRJ – AC 15304/2001 – (2001.001.15304) – 16ª C. Cív. – Rel. Des. Miguel Ângelo Barros – j. 11.12.2001).

**ERRO MÉDICO – PERFURAÇÃO UTERINA COM COMPROMETIMENTO DA ALÇA INTESTINAL.** A hipótese se aplica à responsabilidade objetiva – artigo 37, § 6º, CF –, e não subjetiva, aplicável aos médicos. Não há como se conceber que a perfuração uterina com comprometimento da alça intestinal após curetagem para a retirada de restos placentários é passível de acontecer, devido ao estado do útero amolecido e furável, pois, se diagnosticada a toxemia moderada e amniorrexe prematura, é evidente que, sendo caso comum, já tinham os médicos que efetivar as intervenções das curetagens, conhecimento do risco de perfuração. Dispensada a prova da culpa, o nexos causal e o dano restaram demonstrados à saciedade, impondo-se o dever de indenizar. O dano moral é aquele que invade a psique do indivíduo, tais como a dor, o sofrimento, a humilhação, o constrangimento, o vexame e outros, enquanto que o dano estético abala o corpo, o físico, o visível, a deformidade, o aleijão, a cicatriz, a repulsa que pode causar àqueles que sem sentimento e respeito, expõem ao lesado a sua repugnância. A diferença é notória, pois não guarda qualquer semelhança a violação da honra – princípio que norteia o caráter, a honestidade, a dignidade – com o aleijão, a deformidade e as cicatrizes, ressaltando, ainda, que o tempo se encarrega de fazer a vítima superar a primeira, enquanto que a segunda se perpetua até a morte. A verba indenizatória fixada na sentença, em 200 (duzentos) salários-mínimos, foi até moderada levando em conta que da vítima foi retirada, sem a sua vontade ou consentimento, uma das mais belas de todas as criações divinas, o

poder de procriar. Quanto ao dano estético, este não deve ser confiscado da condenação, pois as fotografias acostadas aos autos demonstram o defeito permanente com que terá de conviver a Apelada (TJRJ – Ac. unân. da 11ª Câm. Cív. – Ap. 2001.001.08334 – Rel. Des. Mello Tavares – j. de 31.10.2001 – *COAD*, v. 2, p. 140).

**HOSPITAL PÚBLICO – MORTE DE FETO – OMISSÃO NO ATENDIMENTO DA GESTANTE.** As pessoas jurídicas de direito público respondem sem culpa, revelando-se desinfluentes na hipótese perquirir-se sobre a imprudência, imperícia ou negligência dos médicos. Nexos de causalidade e dano comprovado. Laudo de exame cadavérico denunciando a ocorrência de anoxia perinatal e sofrimento intrauterino, deixando patente que a falta de intervenção médica adequada, oportunamente, levou ao resultado fatal. Acolhe-se o pedido de indenização de danos pretendida pelos pais se a prova dos autos revela que o óbito do feto decorre do atendimento ministrado à gestante, ligado por relação de causa à ação de prepostos do nosocômio. Em reexame necessário retifica-se o dispositivo de sentença para excluir a incidência de correção monetária, uma vez que a verba foi estipulada em salários-mínimos, o que já implica sua atualização, esclarecendo que a mesma deverá ser rateada à proporção de 50% para cada um dos autores (TJRJ – Ac. unân. da 14ª Câm. Cív. – DGOJ 1998.009.00513 – Relª Desª Maria Henriqueta – publ. em 9.12.1999 – *COAD*, v. 2, p. 154).

### 10.3 Diversos

**DANO MORAL – FALECIMENTO DA GENITORA EM HOSPITAL – SERVIÇO DEFICIENTEMENTE PRESTADO – DEVER DE ASSISTÊNCIA ADEQUADA: INCUMPRIMENTO – CONFIGURAÇÃO DO DANO – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR – CASO FORTUITO – INEXISTÊNCIA – VALOR – ARBITRAMENTO – CRITÉRIOS – DIMINUIÇÃO – IMPROVIMENTO DO ADESIVO – PROVIMENTO PARCIAL DO APELO PRINCIPAL.** Reclama indenização por dor moral a morte da mãe em hospital se a prova dos autos atesta ter sido a paciente ineficazmente assistida. Descontém segurança o serviço hospitalar prestado quando ausente o diligente atendimento ao doente no exato momento das intercorrências médicas, tanto mais se for o enfermo de conhecido alto risco e submetido a delicado exame de cateeterismo cardíaco. Não se configura a imprevisibilidade completa do evento morte quando, mesmo em situação de risco, ao paciente não é disponibilizada a eficiência total dos meios disponíveis à busca da sua recuperação, descaracterizando a ocorrência de caso fortuito. Na fixação da indenização por dano moral o julgador deve atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão e sua repercussão e as circunstâncias fáticas (TJBA – AC 39551-2/2005 – (31627) – 4ª C. Cív. – Rel. Des. Paulo Furtado – j. 31.05.2006).

**INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAL – ERRO MÉDICO – PERFURAÇÃO DO URETER – LIDE DISPARADA EM FACE DO NOSOCÔMIO – CIRURGIA QUE FOI REALIZADA PELA MÉDICA PARTICULAR DA PACIENTE, UTILIZANDO-SE DA ESTRUTURA DO HOSPITAL RÉU.** Termo de responsabilidade firmado pela própria Autora que confirma tal assertiva. Laudo Pericial demonstrando que a lesão experimentada se ultimou quando da cirurgia inicial realizada pela Médica particular da Suplicante, que não mantém qualquer vínculo empregatício com o Estabelecimento Suplicado. So-

lidariedade prevista na Lei Consumerista que não se aplica na hipótese dos autos. Improcedência do pleito exordial que se impõe, tal como estabelecido pela R. Sentença a quo. Negado Provimento (TJRJ – Ap. Civ. nº 2005.001.17811 – 4ª C. Civ. – Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho – j. 26.07.2005 – site do TJRJ).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – CULPA – PROFISSIONAL LIBERAL – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS – AUSÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE DE PROFISSIONAL LIBERAL – IMPOSIÇÃO DO DEVER DE CONTRATAR PLANO DE SAÚDE E PAGAR DOIS SALÁRIOS-MÍNIMOS PARA DESPESAS.** 1. A responsabilidade atribuída ao agravante é subjetiva, ou seja, depende da investigação da culpa do médico para a ocorrência do evento lesivo. Ausente a demonstração dessa culpa descabe a antecipação de tutela. 2. A pessoa que figura como paciente de médico é consumidor, na forma dos arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90. A inversão do ônus da prova é integrante do princípio da facilitação da defesa. **AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO** (TAPR – AI 0284948-9 – (236604) – Curitiba – 18ª C. Cív. – Rel. Des. Nilson Mizuta – DJPR 22.04.2005).

**INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO.** Compressa cirúrgica esquecida dentro do abdome da paciente. Extirpação da trompa e do ovário direito. Negligência. Nexo causal constituído. Dano moral configurado. Majoração do quantum. Dano estético não demonstrado. Decaimento de parte mínima do pedido. Sucumbência dos réus. Recurso dos réus desprovido. Provimento parcial do recurso dos autores (TJSC – AC 2001.010160-2 – Ponte Serrada – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Orli Rodrigues – j. 05.04.2005).

**AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – MORTE DE FILHO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL – NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DO HOSPITAL – CULPA, DANOS E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS – INDENIZAÇÃO COMPATÍVEL COM AS POSSIBILIDADES DA RÉ, A GRAVIDADE DA LESÃO E O CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.** Uma vez comprovado o nexo de causalidade entre a conduta culposa do hospital apelante, pela falta de cuidado e tratamento adequado ao paciente portador de doença mental, utilizando métodos inadequados, ausência de assepsia e tratamento específico das infecções apresentadas é devida a indenização por danos morais pleiteada e arbitrada com observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, e o caráter compensatório e punitivo da sanção (TJBA – AC 4.359-4/2001 – (80963) – 1ª C. Cív. – Relª Desª Ruth Pondé Luz – j. 29.12.2004).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA – QUEIMADURA CAUSADA NA PACIENTE POR BISTURI ELÉTRICO – MÉDICO-CHEFE – CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO – RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO.** Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido (STJ – REsp 200831 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 20.08.2001 – p. 469).

# Responsabilidade dos Planos de Saúde

---

## 1 Notas introdutórias

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Estado chamou para si a responsabilidade de garantir para todos o direito social de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitários às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

Ocorre que o sistema público de saúde no Brasil sempre foi e continua falido, seja por incompetência dos políticos de plantão, seja pela corrupção institucionalizada, seja pelo estado de miserabilidade da população brasileira (o que os faz distante das políticas de alimentação, educação, saneamento, profilaxia e outras ações preventivas), seja enfim pelo conjunto de fatores conjugados. Some-se a isso o interesse empresarial que essa área desperta e os grandes lucros das empresas que negociam com a saúde e teremos encontrado os motivos pelos quais os planos de saúde crescem e se fortalecem a cada dia que passa.

O Estado Brasileiro não se desincumbiu daquilo que a Constituição Federal lhe impôs (art. 197) e, conforme afirma Claudia Lima Marques, foi ineficaz em todos os sentidos, pois transferiu seu dever primordial de cuidar da saúde da população para a iniciativa privada e foi incapaz de regulamentar princípios, condições e exigências básicas para a atuação do particular nesse seguimento.<sup>1</sup>

Não foi sem razão que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior sentenciou que a previdência privada assume a cada dia maior importância no país e isso decorre das dificuldades encontradas pela Previdência Social, cuja atuação ineficaz no âmbito da saúde tem levado grande número de pessoas à busca de pro-

---

<sup>1</sup> *Saúde e responsabilidade*, p. 17.

teção complementar na área da previdência privada, que hoje atinge milhões de pessoas, e como consequência da precariedade que vem sendo vítima a saúde pública, a grande maioria da população transfere sua saúde e sua vida a uma das muitas empresas que prestam serviço de prevenção e controle das doenças a que estamos todos sujeitos.<sup>2</sup>

## 2 A lei dos planos de saúde

Esclareça-se por primeiro que as operadoras de plano de assistência à saúde estão regulamentadas pela Lei nº 9.656, de 3 de julho de 1998, e se encontram submetidas à regulamentação e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).<sup>3</sup> Além de se submeterem à lei especial e às normas de fiscalização administrativa expedidas pela agência governamental, os contratos de planos de saúde e a prestação dos serviços por eles estabelecidos estão submetidos também às normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme expressamente ressalvado na Lei nº 9.656 em seu art. 35-G, *verbis*: “*Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.*”<sup>4</sup>

Contudo há distinção de tratamento com relação aos planos de saúde cujos contratos foram firmados em data anterior à vigência da lei regulamentadora. Nestes casos, há que se aplicar as normas gerais insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, em especial as normas que limitam a aplicação das cláusulas abusivas (art. 51 e seus incisos), a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47) e o princípio geral da boa-fé (art. 4º, III), como forma de preservar os direitos dos consumidores.

Cabe também destacar que a obrigação assumida pelos planos de saúde é de resultado. Pela relação contratual estabelecida entre a operadora e seus associados, estabelece-se uma obrigação de resultado, devendo o serviço possuir qualidade e adequação imposta em face da nova doutrina contratual. Por esse contrato a operadora se obriga a prestar serviços médicos, reembolsar quantias, fornecer exames, alimentação, medicamentos e internações, independentemente se o consumidor irá (ou não) se curar.<sup>5</sup>

Como diz Marilise Kostelnaki Baú, a empresa que oferece serviço está assumindo uma obrigação de efetivamente prestar esse serviço. Logo, o contrato somente se perfectibiliza com a efetiva prestação do serviço nos moldes em que foi prometido, e não poderia ser de outra forma, na exata medida em que a obrigação fundamental e emergente desse tipo de contrato é justamente a prestação

<sup>2</sup> Revista Jurídica nº 231, p. 122-147.

<sup>3</sup> A ANS foi criada pela Lei nº 9.961/00.

<sup>4</sup> Conforme já deixamos assentado em nossa obra *Dano moral nas relações de consumo*, p. 125 ss.

<sup>5</sup> Claudia Lima Marques. *Saúde e responsabilidade*, p. 125.

do serviço médico terceirizado, quando o cliente vem dele necessitar em face de alguma moléstia. De sorte que, sendo a obrigação de resultado, ao autor cabe provar a existência do contrato e o seu descumprimento, para que surja o dever de indenizar.<sup>6</sup>

### 3 Negativa de autorização para internação ou tratamento

A recusa injustificada de autorização para internação, realização de tratamento ou para cirurgia por empresa de planos de saúde constitui-se em ilícito, sendo motivo ensejador de reparação por danos morais, mormente se a prescrição emana de médico atestando aquela necessidade. A negativa de cobertura de internação de emergência gera a obrigação de indenizar o dano moral daí resultante, considerando a severa repercussão na esfera íntima do paciente, já frágil pela patologia aguda que o acomete, vindo a ser surpreendido com a informação de negativa por parte do plano de saúde.<sup>7</sup>

Nesse sentido é esclarecedor o posicionamento do Desembargador Nilsoni de Freitas Custódio que, em julgado do qual foi relator, assim deixou assentado: *“não se pode exigir um comportamento que fuja dos parâmetros da razoabilidade, sacrificando a consumidora, que, apesar de cumprir religiosamente com as suas obrigações, se vê coarctada de efetivar procedimento cirúrgico indicado por profissional médico, em virtude da não autorização da administradora do plano de saúde”*. Diante desse contexto *“a reparação do dano moral deve ser impositiva, toda vez que a prática de qualquer ato ilícito viole a esfera íntima da pessoa, causando-lhe humilhações, vexames, constrangimentos e dores”*.<sup>8</sup>

De ressaltar que segundo alguns doutrinadores e, mesmo na jurisprudência de alguns tribunais, no que diz respeito ao tema em comento, encontramos posicionamentos divergentes sob a alegação de tratar-se de mero inadimplemento contratual que poderia gerar, quando muito, reflexo no campo obrigacional, e se assim for, deve ser perseguida a indenização por dano material, se ocorrente a internação em hospital particular, não se podendo falar em dano moral decorrente de descumprimento de contrato.

Com o devido respeito às opiniões divergentes, ousamos discordar porquanto a negativa das empresas operadoras dos planos de saúde não se exaure pura e simplesmente na inexecução de obrigação, tal atitude tem reflexos de natureza extrapatrimonial, na exata medida em que cria frustrações e ansiedades com a impossibilidade de realização do tratamento ou cirurgia requisitada.

<sup>6</sup> *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil*, p. 27.

<sup>7</sup> A Portaria nº 3/99, da Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, aditou novas cláusulas ao rol inserto no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, determinando serem abusivas as cláusulas que imponham limites ou restrições a procedimentos médicos contrariando prescrição médica, em contratos de planos de saúde, mesmo os firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98.

<sup>8</sup> TJDF – ACJ 20020111007260 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Nilsoni de Freitas Custódio – DJU 13.12.2004 – p. 35.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Ministro Fernando Gonçalves, foi instado a se manifestar sobre a negativa de uma empresa de seguro saúde, em autorizar o internamento de uma associada que necessitava ser submetida a cirurgia para retirada de cálculos na vesícula e, em face da negativa e da urgência da cirurgia, teve que ser atendida em hospital público. Em seu voto o relator destacou que os danos morais não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (*in re ipsa*), criada pela conduta da seguradora, marcada pelo descaso e pelo desprezo de, no momento em que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o competente médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, contudo, ao invés disso, deixar a doente sofrendo dores insuportáveis em uma emergência de hospital, tendo a associada que se submeter ao tratamento cirúrgico em hospital público, quando tinha direito líquido e certo de ser atendida na rede conveniada.<sup>9</sup>

Em posicionamento intermediário encontra-se Yussef Said Cahali, para quem a reparação por dano moral só se justifica se ficar evidenciado que a seguradora agiu com manobras protelatórias, com o uso abusivo do direito ou de má-fé, sendo que cabe ao paciente provar de forma cabal que a conduta da seguradora lhe impingiu sofrimento, angústia ou mesmo aflição.<sup>10</sup>

#### 4 Limitação temporal da internação

Mas não é só a negativa de internação que gera dano moral. Pode ocorrer que a autorização seja concedida por um determinado período, findo o qual, o paciente ficará excluído da proteção de seu plano de saúde. Nestas circunstâncias, a limitação do tempo de internação, no caso de doença coberta pelo plano de saúde, é cláusula abusiva, sendo pertinente a indenização por dano moral, porque se depreende que da negativa de manutenção da internação advém abalos psíquicos, além dos constrangimentos naturais que o paciente ou seus familiares enfrentam para encerrar a internação, sabendo-se que a patologia continua em curso. Tratando-se dos casos de urgência e emergência, a lei reguladora dos planos de saúde não firmou nenhum limite temporal de atendimento ao paciente e consignou que a carência, nessa hipótese, seria de apenas e tão somente de 24 (vinte e quatro) horas (Lei nº 9.656/98, art. 12, V, c).

Nesse diapasão, basilar o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que, tratando da limitação temporal da internação, considerou que “*é abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de*

<sup>9</sup> STJ – 4ª T. – Resp 357404 – RJ (2001/0132984-3) – rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 04.10.2005 – DJU 24.10.2005, p. 327.

<sup>10</sup> *Dano moral*, p. 584.

*saúde. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade”.*<sup>11</sup>

Da mesma forma posicionamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior considerando que *“a limitação do número de dias de internação não prevalece quando o doente tiver a necessidade, reconhecida pelo médico que ordenou a sua baixa em estabelecimento hospitalar, de ali permanecer por mais tempo do que o inicialmente previsto no contrato de seguro-saúde. A natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa proteger estão a exigir sua compreensão à luz do direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento de sua saúde”.*<sup>12</sup>

Aliás, foi com base nestes precedentes, dentre outros, que a matéria restou sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos: *“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”* (Súmula STJ nº 302).

No que diz respeito aos chamados planos novos, aqueles submetidos ao regime da Lei nº 9.656/98, a própria lei prevê proteção aos aderentes aos planos de saúde, pois estabelece de maneira clara que é vedada a limitação do prazo de internação, admitindo-se a exclusão tão-somente para os procedimentos obstétricos (art. 12, II).

Desta forma, qualquer limitação temporal ao período de internação é ilegal e abusiva, autorizando o consumidor a bater às portas do Judiciário para fazer cumprir o contrato de planos de saúde, sem prejuízo da eventual indenização por danos morais em face dos transtornos que porventura venha a enfrentar como decorrência da limitação imposta.

## **5 Negativa de atendimento sob alegação de doença preexistente**

A lei que regula os planos de saúde estabelece claramente que é vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação dos planos ou seguros, depois de decorrido 24 meses da contratação, condicionado a

<sup>11</sup> STJ – REsp 158728 / RJ – 3ª T. – Rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 16.03.1999 – LEX-JSTJ, 122/188.

<sup>12</sup> STJ – REsp 251.024 – SP (2000.0023828-7) – j. 27.09.2000 – LEX-JSTJ, 151/127.

que a operadora prove que o consumidor tinha conhecimento prévio da moléstia que o acometia (Lei nº 9.656/98, art. 11).

Do texto de lei decorrem duas situações distintas: primeiro, o consumidor portador de doença preexistente não está impedido de ser atendido, a qualquer tempo, porém não fará jus a cobertura se a operadora provar que à época da contratação o mesmo tinha pleno conhecimento da moléstia que o acometia (típico caso de inversão do ônus da prova); e, segundo, decorrido o prazo de 24 meses, a partir da assinatura do contrato, não poderá se ver excluído de atendimento porque terá ocorrido a carência que a própria lei estabelece, de tal sorte que, mesmo sendo a doença preexistente, não autorizará negativa por parte da seguradora.

Veja-se: no primeiro caso não basta alegar que não transcorreu o prazo estabelecido de 24 meses, é preciso que a seguradora arque com o ônus da prova de que o consumidor tinha conhecimento prévio da doença e, no segundo caso, não há argumentação possível para excluir o atendimento porque a lei criou uma espécie de carência estabelecendo que transcorrido o período de 24 meses, não há falar-se em exclusão sob o argumento de doença preexistente.

Nesse aspecto, nossos tribunais já vinham decidindo, mesmo para os contratos firmados em data anterior à promulgação da lei dos planos de saúde, que *“a empresa que explora plano de saúde e admite o associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde”*.<sup>13</sup>

## 6 Solidariedade entre planos de saúde, médicos e hospitais

As empresas operadoras de planos de saúde são solidariamente responsáveis, juntamente com os médicos e hospitais credenciados que agem, em verdade, como seus verdadeiros prepostos, pelos danos causados aos seus consorciados. Isto ocorre porque as empresas de planos de saúde, ao disponibilizarem uma relação de hospitais ou profissionais credenciados, há que ter se acercado das garantias mínimas de que tais pessoas (físicas e jurídicas) estão aptas a prestar um serviço de boa qualidade, não podendo se eximir ao argumento de que a escolha foi feita pelo usuário dos serviços.

Neste particular aspecto, o Ministro Aldir Passarinho Júnior foi enfático ao proferir voto cuja ementa tem o seguinte teor: *“A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao*

<sup>13</sup> STJ – 4ª T. – REsp 86.095 (96.0003009-0) – SP – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 22.04.1996 – LEX-JSTJ, 86/233.

*contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.”<sup>14</sup>*

*Não dissente desse pensar a Ministra Nancy Andrighi, ao afirmar que “o médico contratado pelo plano de saúde não é um empregado do plano, é um prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com o objetivo de lucro. Portanto, responde concorrentemente porque contrata para em seu nome prestar o serviço que se comprometeu com os conveniados. Os objetivos do plano de saúde não se limitam a administrar e cobrir os custos da prestação de serviço médico. Além dessa prestação, assume a obrigação de prestar o serviço médico mediante profissionais qualificados e capazes de observarem as regras científicas e técnicas da ciência médica. Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de proteger e ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra”.<sup>15</sup>*

Diferente é a situação em que o paciente contratou o seguro saúde porque, nesse caso, a escolha do médico é feita pelo próprio segurado, sendo que a responsabilidade da seguradora é tão somente com o reembolso das despesas realizadas. Nesse sentido é a doutrina de Rui Stoco quando afirma que as empresas de seguros-saúde apenas reembolsam as despesas efetuadas por seus consorciados, sem interferir na escolha do prestador de serviço, logo, qualquer dano sofrido em face do atendimento que lhe foi prestado pelo médico ou hospital conveniado não lhe diz respeito, porque não há como estabelecer um liame de causalidade entre a empresa que contratou o plano de saúde e o dano sofrido pelo associado.<sup>16</sup>

## 7 Jurisprudência

**AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – STENTS – PRÓTESE NECESSÁRIA AO SUCESSO DO TRATAMENTO MÉDICO – DANOS MORAIS – CABIMENTO – MATÉRIA PACIFICADA – SÚMULA 83/STJ. 1–** A jurisprudência desta Corte “vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de

<sup>14</sup> STJ – 4ª Turma – REsp nº 164.084-SP – v. u. – LEX –JSTJ, 131/139.

<sup>15</sup> STJ – 3ª Turma – REsp nº 138.059-MG – j. 11.06.2001 – LEX –JSTJ, 146/104.

<sup>16</sup> Tratado de responsabilidade civil, p. 423.

dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada” (REsp 918.392/RN). 2 – Agravo Regimental desprovido (STJ – AgRg-AI 1.353.037 – (2010/0166670-8) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – *DJe* 06.03.2012 – p. 714).

**CIVIL – CONSUMIDOR – SEGURO – APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA ABUSIVA – LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO – NULIDADE DECRETADA – DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** 1– É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar. 2 – O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas. 3 – Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. 4 – A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade. 5 – É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado. 6 – Recurso especial provido (STJ – REsp 735.750 – (2005/0047714-2) – 4ª T. – Rel. Min. Raul Araújo – *DJe* 16.02.2012 – p. 650).

**AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – FALECIMENTO DO PACIENTE – PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA – AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.** 1– Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional. 2 – Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico. 3 – A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e

proporcionalidade. Precedentes. 4 – Recurso improvido (STJ – AgRg-REsp 1.037.348 – (2008/0050843-8) – 3ª T. – Rel. Min. Massami Uyeda – *DJe* 17.08.2011 – p. 724).

**AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO ORDINÁRIA – PLANO DE SAÚDE.** Cirurgia de remoção de tecido epitelial após a submissão da paciente-segurada à cirurgia bariátrica. Procedimento necessário e complementar ao tratamento da obesidade, este incontroversamente abrangido pelo plano de saúde contratado, inclusive, por determinação legal. Alegação de finalidade estética de tal procedimento. Afastamento. Necessidade. Cobertura ao tratamento integral da obesidade. Preservação da finalidade contratual. Necessidade. Recurso improvido (STJ – AgRg-AG-REsp. 52.420 – (2011/0145839-0) – 3ª T. – Rel. Min. Massami Uyeda – *DJe* 12.12.2011 – p. 906).

**AGRAVO REGIMENTAL – PLANO DE SAÚDE – ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA E REEXAME DE PROVA – DESCABIMENTO – SÚMULAS STJ/5 E 7 – DANO MORAL CONFIGURADO – PRECEDENTES.** 1 – No caso, a conclusão do Acórdão recorrido quanto à procedência do pedido de reparação a título de danos morais decorre da interpretação de cláusula contratual, bem como da análise de circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Recurso Especial, a teor dos enunciados 5 e 7 da Súmula deste Tribunal. 2 – Ademais, é pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada. 3 – Agravo Regimental improvido (STJ – AgRg-AG-REsp. 17.200 – (2011/0076165-0) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – *DJe* 10.11.2011 – p. 696).

**CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA – AUTORIZAÇÃO – AUSÊNCIA – QUANTUM – ALTERAÇÃO – RAZOABILIDADE.** 1. Não há falar em incidência do art. 1.061 do Código Civil e muito menos na sua violação se, como no caso presente, os danos morais não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (*in re ipsa*), criada pela conduta da empresa ré, marcada pelo descaso e pelo desprezo de, no momento em que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o competente médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, contudo, ao invés disso, deixar a doente por mais de seis horas, sofrendo dores insuportáveis em uma emergência de hospital e, ao final de tudo, ainda dizer que a liberação do procedimento médico poderia demorar até 72 (setenta e duas) horas. 2. Considerando as peculiaridades do caso e os julgados desta Corte em hipóteses semelhantes, a estipulação do quantum indenizatório em aproximadamente R\$ 23.000,00 não é desarrazoada, não merecendo, por isso mesmo, alteração em sede especial. 3. Recurso Especial não conhecido, inclusive porque incidente a Súmula nº 83/STJ (STJ – REsp 357.404 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – *DJU* 24.10.2005 – p. 327).

**DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – PLANO DE SAÚDE – LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO – CLÁUSULA ABUSIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV – UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** I – É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de interna-

ção do segurado. II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial (STJ – REsp 251.024/SP – 2ª S. – Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira – DJU 04.02.2001 – p. 270).

**CIVIL E PROCESSUAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – PLANO DE SAÚDE – ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA – CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO – COBERTURA NEGADA – EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – INCORREÇÃO – PROCEDIMENTO DA LIDE.** I – A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concomitantemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva. II – Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito (STJ – REsp 164084 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldair Passarinho Junior – DJU 17.04.2000 – p. 68).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – INTERNAÇÃO EM UTI EXIGÊNCIA DE CARÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – LIMINAR CONCEDIDA – MÉRITO CAUTELAR – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* – DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS – RATIFICAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** 1 – Na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* é possível em sede de cognição sumária, visto tratar-se a cautelar de tutela de urgência em que resta impossibilitada a cognição exauriente. Outrossim, esgotada a cognição exauriente, o *fumus boni iuris*, existente ao tempo da concessão da liminar não mais existe, tendo sido substituído por um juízo de certeza da existência do direito alegado pela parte. 2 – Versando o mérito da ação cautelar sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consistentes, respectivamente, no direito à vida e a impossibilidade de negativa de cobertura de tratamento sob a alegação de não cumprimento de carência e de inadimplência do segurado, e no risco de morte imposto ao apelado em razão da não autorização para realização do tratamento necessário ao restabelecimento e manutenção da sua saúde, há que ser julgado procedente o pleito cautelar, ratificando a medida liminar a seu tempo concedida. 3 – Recurso conhecido e desprovido (TJES – AC 24050271188 – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon – DJe 15.03.2012 – p. 24).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CDC – CIRURGIA COM NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DE PRÓTESE – RECUSA DA COBERTURA – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 9.656/98 – OBSERVÂNCIA, OUTROSSIM, DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – OBRIGAÇÃO DA OPERADORA**

**DO PLANO DE SAÚDE DE CUSTEAR AS DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.** Verificada a necessidade da realização de cirurgia, para a colocação de prótese em virtude da saúde e bem-estar do assegurado, não há justificativa para a negativa da cobertura pelo plano de saúde, uma vez que, segundo o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98, impõe-se aos planos privados de saúde “a cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”. Incide ao caso também, os preceitos constitucionais, pelos quais a vida e dignidade da pessoa humana devem ser, em regra, resguardadas sempre em primeiro plano. Recurso conhecido, mas improvido, mantendo-se a sentença objurgada (TJMS – AC-Or 2011.036521-6/0000-00 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Dorival Renato Pavan – *DJe* 23.02.2012 – p. 47).

**PLANO DE SAÚDE – REALIZAÇÃO DE EXAMES – DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA – ANTECIPAÇÃO TUTELA DEFERIDA – PROVA INEQUÍVOCA – FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – RECUSA DO PLANO DE SAÚDE – ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE – CARÊNCIA – DEMONSTRAÇÃO DE URGÊNCIA – PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – DESNECESSIDADE.** Para a prestação de serviços médicos que devem ser cobertos por plano de saúde, constatado a prova inequívoca – Suficiente para o pleito liminar – E o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser deferida a tutela antecipada. Tratando-se de exames necessários para o diagnóstico do estado de saúde do autor, em situação definida como emergencial, compete ao plano de saúde custear a realização dos exames solicitados pelo médico, independentemente do prazo de carência. Não há que se falar na irreversibilidade da medida que justificaria a caução, quando, caso negado o pleito do segurado, poderá o plano de saúde buscar a indenização pelos danos sofridos (TJMT – AI 126457/2011 – Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha – *DJe* 23.03.2012 – p. 45).

**DIREITO DO CONSUMIDOR – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DO DEPENDENTE – COBERTURA DE TRATAMENTO IMUNOLÓGICO – NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA – CLÁUSULA LIMITADORA ABUSIVA – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO À UNANIMIDADE.** 1– A preliminar de ilegitimidade ativa argüida pela demandada deve ser repelida, pois a autora, na condição de dependente do titular de plano de saúde, está autorizada a buscar em juízo a cobertura para o tratamento que lhe foi negado pela Bradesco Saúde. 2 – Torna-se injusta e abusiva a escusa dos planos de saúde de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 3 – O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC. Precedentes do STJ. 4 –

Apelação Cível improvida (TJPE – Ap 0060552-36.2007.8.17.0001 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto – *DJe* 21.03.2012 – p. 954).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS IMATERIAIS PELO PROCEDIMENTO SUMÁRIO – DEMORA DO PLANO DE SAÚDE EM LIBERAR INTERNAÇÃO DA SEGURADA – ABALO ALÉM DO MERO DISSABOR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – JUROS MORATÓRIOS CONTADOS A PARTIR DA NEGATIVA DE COBERTURA PELA SEGURADORA – ART. 394 DO CÓDIGO CIVIL.** 1– Em momento de necessidade e fragilidade da segurada, a indevida negativa de cobertura tanto pode frustrar legítima expectativa contratual quanto gerar abalo que se situa além do mero dissabor, causando dano moral. 2 – O órgão julgador, em atenção às peculiares circunstâncias de cada situação, pautado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, avalia qual a reparação necessária, suficiente, adequada e justa para a efetividade da justiça no caso concreto. 3 – Tratando-se de responsabilidade contratual e caracterizado o descumprimento da avença, os juros moratórios incidem a partir da negativa da cobertura securitária, consoante disposto no artigo 394 do Código Civil. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, POR MAIORIA (TJPR – AC 0793187-5 – 9ª C.Cív. – Relª Desª Rosana Amara Girardi Fachin – *DJe* 27.01.2012 – p. 227).

**APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO EMERGENCIAL – CIRURGIA NAS VIAS RESPIRATÓRIAS – CARÊNCIA – INAPLICABILIDADE – DANO MATERIAL – VALOR DISPENDIDO NO PROCEDIMENTO – DANO MORAL – RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – PRECEDENTES DESTA CÂMARA.** I– O artigo 35-c da Lei 9.656/98, determina a desconsideração do prazo de carência quando se estiver diante de risco de vida, situação emergencial, tal qual a que envolvia o filho da recorrida. II – O valor da condenação em causa de responsabilidade civil por dano moral leva em conta o abalo provocado, a reprovação da conduta e a função preventiva da pena como critérios ao arbitramento, o que no caso concreto impõem a manutenção do quantum arbitrado. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime (TJSE – AC 2012201661 – (2376/2012) – 2ª C.Cív. – Rel. José dos Anjos – *DJe* 12.03.2012 – p. 43).

**PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE ALCOOLISMO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO ESPECIALIZADO – ALEGAÇÃO DE DOENÇA CRÔNICA – EXCLUSÃO CONTRATUAL GENÉRICA – RECUSA ILÍCITA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E BOA-FÉ OBJETIVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.** Não é possível validar cláusula restritiva de direito, sem que haja rigorosa comprovação no sentido de que houve informação adequada do conteúdo do contrato. Nos contratos anteriores à Lei nº 9.656/98 ou mesmo do CDC, a interpretação é a mesma, pois o equilíbrio contratual, a função social do contrato e a boa-fé objetiva já serviam no direito comum de controle das cláusulas tidas por abusivas. Não há, em outros termos, direito adquirido ao desequilíbrio contratual, nem a imposição de cláusulas iníquas (TJSP – Ap 994.08.042672-2 – Marília – 3ª CD. Priv. – Rel. Jesus Lofrano – *DJe* 16.03.2012 – p. 1125).

**AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL PLANO DE SAÚDE – NULIDADE DE CLÁUSULA QUE RESTRINGE FORNECIMENTO DE MARCA-PASSO – INÉPCIA DA INICIAL NÃO**

**CONSTATADA, PRELIMINAR REJEITADA.** Inadmissibilidade de exclusão, pelo plano, de equipamento indispensável ao procedimento cirúrgico. Inteligência do art. 10, inciso VII da Lei 9.656/98, aplicável à hipótese. Não é inepta a petição inicial que preenche os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. É abusiva e, por conseguinte, nula de pleno direito, cláusula que exclui a cobertura de marca-passo, necessário ao tratamento visado pelo procedimento cirúrgico, custeado pelo plano de saúde. Após a vigência da Lei 9.656/98 não há possibilidade de negar cobertura de implante de próteses, órteses e acessórios indispensáveis ao ato cirúrgico, conforme se depreende do disposto no art. 10, VII da referida lei. Recurso improvido (TJBA – AC 41.905-0/2006 – (15511) – 4ª C. Cív. – Relª Desª Janete Fadul de Oliveira – j. 24.01.2007).

**CONSUMIDOR – PLANO DE SAÚDE – CARDIOPATIA GRAVE – EXCLUSÃO DE COBERTURA COM BASE NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS – IMPOSSIBILIDADE – COBERTURA MÍNIMA – DEVER DE GARANTIA DA INTEGRIDADE DO PACIENTE. I** – O rol de procedimentos da agência nacional de saúde suplementar não indica exaustivamente todos os tratamentos que devem ser cobertos pelas operadoras de saúde. II – Se a listagem oficial é um mero indicativo de cobertura mínima, não se desincumbe a seguradora de prestar assistência em casos de cirurgia reconhecidamente eficaz para tratar de cardiopatia grave. III – O dever de garantir a integridade física do paciente decorre da Lei e da Constituição e não pode ser suprimido por regulamentos administrativos. IV – O inciso IX do artigo 10 da Lei 9.656/1998 desobriga a cobertura de tratamentos ilícitos, antiéticos ou não reconhecido pelas autoridades competentes, não se aplicando ao caso dos autos, em que o procedimento prescrito possui eficiência notória. V – Recurso improvido. Sentença mantida (TJDFT – APC 20040110522365 – 3ª T. Cív. – Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa – DJU 16.08.2007 – p. 106).

**DIREITO CIVIL – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO NÃO DESCRITO COM ESPECIFICIDADE NO CONTRATO – PREVISÃO GENÉRICA EM RESOLUÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – JURISPRUDÊNCIA DO E. STJ – SENTENÇA MANTIDA.** 1 – O bem maior que pode vir a ser tutelado pelo direito é a vida. Com essa diretriz devem ser interpretadas as cláusulas restritivas nos contratos de cobertura suplementar de atendimento à saúde. É nesse sentido a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça. 2 – Disposto no contrato que os procedimentos previstos pela agência nacional de saúde serão cobertos pelo plano de saúde e, havendo previsão, na Resolução nº 82/2004 – Anexo I, de atendimento cirúrgico, ainda que genérico, para a enfermidade de que é portadora a parte segurada – Degeneração discal lombar – A negativa no custeio do tratamento se consubstancia em descumprimento contratual. Apelação cível desprovida (TJDFT – APC 20050110315188 – 2ª T. Cív. – Rel. Des. Angelo Passareli – DJU 26.07.2007 – p. 97).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO EMERGENCIAL – AUTORIZAÇÃO NEGADA – PRAZO DE CARÊNCIA – DANO MORAL – OCORRÊNCIA – LIMITES DE FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – PRESENTES OS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.** A conduta do agente, o nexo de causalidade e a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial –, cabível a indenização por dano moral na hipótese de recusa injustificável da operadora de plano de saúde em au-

torizar procedimento cirúrgico de urgência excluído do período de carência, nos termos da Lei nº 9.656/98. Na fixação do *quantum* correspondente ao dano moral atentará o julgador para o princípio da razoabilidade, em face da natureza compensatória, satisfativa. Não de equivalência. Da indenização e, diante do caso concreto, avaliar o grau de culpa e a capacidade socioeconômica das partes, valendo-se, ainda, das circunstâncias em que ocorreu o evento e as consequências advindas ao ofendido (TJDFT – APC 20050110978018 – 5ª T. Cív. – Rel. Des. Dácio Vieira – DJU 08.02.2007 – p. 90).

**DIREITO DO CONSUMIDOR – PLANO DE SAÚDE – SUSPENSÃO DO ATENDIMENTO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR – COBERTURA NEGADA – RECUSA NO ATENDIMENTO EMERGENCIAL DE MENOR – DANO MORAL DA GENITORA.** A suspensão unilateral do serviço de plano de saúde, sem que haja inadimplência da consumidora, fere o equilíbrio da relação contratual e a boa-fé objetiva e, por si só, deve ser considerada ato ilícito da fornecedora. Se a suspensão não é comunicada previamente à consumidora, agrava-se a conduta da fornecedora, por violar o direito de informação assegurado pelo artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. A negativa de atendimento a menor de um ano e sete meses de idade, em situação emergencial, gera sensação de impotência e angústia à sua genitora, não merecendo reparo a sentença que condena a recorrente à reparação pelo dano moral. O valor da indenização observou o grau de culpa da operadora, o potencial econômico e características pessoais da autora, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, obedecidos os critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida (TJDFT – ACJ 20060110060250 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Hector Valverde Santana – DJU 31.01.2007 – p. 105).

**APELAÇÃO – DENUNCIÇÃO DA LIDE – PLANO DE SAÚDE – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE MANEIRA MAIS BENÉFICA AO SEGURADO – NULIDADE DE DECISÃO – CARÊNCIA DE DECISÃO – ART. 45 DO CDC – CRANIOTOMIA PARA ANEURISMA – URGÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.** 1. A incorreção ou incompletude parcial da fundamentação expendida pelo julgador *a quo* não justifica a anulação da decisão atacada pelo recurso. 2. A interpretação de cláusulas de contratos submetidos ao regime consumerista hão de ser interpretados de maneira mais benéfica ao consumidor, conforme preconiza o art. XXX. 3. A urgência inerente ao procedimento de craniotomia para aneurisma para conter e tratar a progressão da enfermidade justifica a cobertura do plano em relação a tal procedimento cirúrgico. 4. Recurso conhecido e desprovido (TJES – AC 024970061438 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon – j. 12.06.2007).

**APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – TRANSPLANTAÇÃO HEPÁTICA – NEGATIVA DE COBERTURA – INADMISSIBILIDADE – PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA EM RAZÃO DO RISCO DE MORTE DO PACIENTE – RECURSO ADESIVO – MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA DOS DANOS MORAIS.** 1. Não pode a cooperativa de serviços médicos negar-se a cobertura de transplante hepático se o pacto firmado entre ela e o contratante/paciente não exclui o tratamento da moléstia que o afetou, mostrando-se o procedimento inevitável no processo de cura da doença e inibição das complicações dela provenientes. 2. Não há falar em majoração da verba indenizatória fixada a título de dano moral, quando na sua fixação foi observada a equidade, a fim de evitar que haja

o enriquecimento injustificado de uma das partes, bem como o empobrecimento da outra. 3. Apelo e recurso adesivo conhecidos, mas improvidos (TJGO – AC 105055-3/188 – (200603788542) – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Eudelcio Machado Fagundes – j. 09.05.2007).

**CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA DE REDUÇÃO DE ESTÔMAGO – CONTRATAÇÃO LOCAL – RESTRIÇÃO AO DIREITO À SAÚDE – IMPOSSIBILIDADE – DOENÇA PREEXISTENTE AFASTADA – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUA A COBERTURA – PROCEDÊNCIA.** A limitação contratual dos locais de atendimento quando o segurado se encontra em situação melindrosa e de risco para sua vida constitui cláusula contratual abusiva, que viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da boa-fé contratual, da função social do contrato (art. 421 do CC/2002). Assim, referida cláusula é nula de pleno direito, não podendo ser considerada (art. 51, IV, do CDC). Não pode negar o pagamento de sua contraprestação, a empresa que explora plano de assistência médica e recebe contribuições mensais de associados, sem submetê-lo a prévio exame, alegando ocorrência de doença preexistente, que eram desconhecidas do segurado na data da contratação do seguro, ou mediante a alegação de ausência de cobertura, quando o contrato não afasta expressamente o procedimento (TJMG – AC 1.0702.02.024068-6/001 – 14ª C. Cív. – Rel. Des. Valdez Leite Machado – DJMG 26.07.2007).

**APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA ENVOLVENDO RISCO DE MORTE – PRAZO DE CARÊNCIA – AFASTADO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE A UMA RELAÇÃO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.** Não pode a prestadora de serviços de saúde recusar a autorização para procedimento de cirurgia e posterior tratamento, sob o fundamento de ainda não ter sido cumprido o período de carência, que se mostra irrelevante, quando evidenciado o caráter de urgência, pois o direito à vida, assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, é o mais fundamental de todos os direitos, pois ausente aquela, não há como exercitar todos os demais direitos. À luz do princípio da proporcionalidade, o direito à vida deve se sobrepor a qualquer relação contratual (TJMS – AC-O 2005.013872-0/0000-00 – Campo Grande – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro – j. 15.05.2007).

**APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO SAÚDE – PLANO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS – TRATAMENTO DOMICILIAR – NEGATIVA DE REEMBOLSO INTEGRAL DAS DESPESAS – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA NÃO CONVENIADA – OMISSÃO DA SEGURADORA EM FORNECER LISTA DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS REFERENCIADOS – DANOS MORAIS DECORRENTES DA CONDUITA ABUSIVA – CONDENAÇÃO MENSURADA DENTRO DO PARÂMETRO DA RAZOABILIDADE – APELO IMPROVIDO.** Na hipótese, mesmo diante da gravidade do caso, o apelante se recusou a disponibilizar o serviço requisitado, sem justificativa, deixando de comprovar que ofereceu alternativa de contratação de empresa integrante da rede conveniada, colocando o autor em desvantagem exagerada, diante do que não pode se eximir de arcar integralmente com os custos do atendimento hospitalar domiciliar, prestado ao segurado, por empresa não conveniada. Claro está que a lide foi gerada pela atitude omissiva, ilícita e insensata do apelante, cuja conduta trouxe prejuízo extrapatrimonial ao autor, paciente com a saúde

bastante debilitada, em risco de morte iminente, que teve prolongada sua permanência na UTI, quando poderia desfrutar do apoio espiritual, físico e moral de seus familiares, no momento mais crítico de sua existência, agravantes que justificam o valor da condenação imposta ao apelado, mensurada com razoabilidade. Apelo improvido (TJPE – AC 144634-6 – Rel. Des. Sílvio de Arruda Beltrão – *DJPE* 09.05.2007).

**CONTRATO – CLÁUSULA CONTRATUAL – SEGURO SAÚDE.** Cláusula de exclusão de tratamento realizado mediante internação hospitalar e quimioterapia. Hipótese de internação para tratamento de urgência. Cobertura contratual, nesse passo. Exclusão de quimioterapia. Abusividade reconhecida. Recurso parcialmente provido (TJSP – AC 423.396.4/5-00; São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. João Carlos Saletti – j. 07.11.2006).

**CONTRATO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PLANO DE SAÚDE – COMINATÓRIA – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE ENXERTO ÓSSEO – CIRURGIA AUTORIZADA, MAS NEGADO O FORNECIMENTO DE ENXERTO ÓSSEO, POR AUSÊNCIA DE COBERTURA – INADMISSIBILIDADE.** Circunstância em que a limitação implica negativa de todo o atendimento, porque indissociável a prótese do ato cirúrgico. Exclusão de cobertura ofensiva ao direito do consumidor. Procedência da ação. Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP – AC 366.933.4/2-00; São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. João Carlos Saletti – j. 13.12.2005).

**PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA DE URGÊNCIA (APENDICITE AGUDA) – PRAZO DE CARÊNCIA – DANO MORAL.** Ante a existência de cláusula contratual que prevê o prazo de carência de 24 horas “para os procedimentos referentes aos casos de urgência/emergência”, afigura-se irrelevante a distinção entre os conceitos de “urgência” e “emergência”, importando a recusa de realização da cirurgia em descumprimento do contrato. Ainda que se trate de responsabilidade contratual, a recusa de atendimento, com a conseqüente remoção para hospital público, da criança que já estava sendo preparada para a cirurgia, configura dano moral. Indenização criteriosamente arbitrada no valor correspondente a 150 salários-mínimos, com observância dos princípios da razoabilidade, da reprovabilidade da conduta do agente, da gravidade do dano, da capacidade do responsável e das condições pessoais do ofendido. Desprovimento do recurso (TJRJ – Ac. unân. da 18ª Câm. Cív. – Ap. 2002.001.16109 – Relª Desª Cássia Medeiros –, Publ. em 8.05.2003 – *COAD* – v. 02, p. 161).

**PLANO DE SAÚDE – TRANSPLANTE – REGRAS DO CDC.** O contrato, com excesso de palavras, de leitura enfadonha e repetitiva – dessa redação que o CDC repudia – usa a expressão própria para linguísticas ou médicos, nunca para leigos nem para advogados. Transplante homólogo ou heterólogo é expressão sintagmática que não quer significar exatamente nada que tenha a ver com transplante, pois homo – do grego – significa igual e logo – também do grego – significa palavra. Logo, e já agora conjunção conclusiva, homólogo e heterólogo vieram para confundir o desavisado. É que a Apelada não tinha ao pé de si um especialista em contratos lavrados com expressões de entendimento reservado somente a especialistas, embora as palavras, linguística e etimologicamente, estejam erradamente lançadas. Contrato há de ser claro, conciso, redigido em linguagem acessível e inoportável a má-fé dos que carregam clientes para aumentar a fieira ne-

gocial das empresas de planos de saúde. Incidência das regras do CDC, a proteger a parte mais fraca e contra a qual se voltam palavras esdrúxulas e regras draconianas (TJRJ – Ac. unân. da 9ª Câm. Cív. – Ap. 4-840/97 – Rel. Des. José Pimentel Marques – Publ. 03.09.1998 – *COAD*, v. 3, p. 90).

**PLANO DE SAÚDE – BOA-FÉ DO SEGURADO.** Base para a celebração de qualquer contrato e, principalmente, do contrato de seguro-saúde é a boa-fé que deve estar presente não somente quando da celebração do contrato, mas, também, quando de sua execução, consistente na interpretação de seus termos e na determinação do significado dos compromissos que as partes assumiram. O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. As cláusulas de exclusão, restritivas de direito, devem ser particularizadas. A expressão casos crônicos, visando excluir a responsabilidade da seguradora, é de conceituação duvidosa, não sendo de compreensão pelo homem médio, daí não ter noção do que realmente contratou com o segurador (TJRJ – Ac. unân. da 1ª Câm. Cív. – Ap. 2.261/97 – Rel. Des. Sergio Fabião – j. 26.02.1998 – *COAD*, v. 02, p. 158).

# Parte III

---

## Questões Práticas



## Questões Processuais Relevantes

---

### 1 Legitimidade *ad causam*

Qualquer pessoa que pretenda atuar em juízo deverá demonstrar legitimidade para assim agir. A legitimidade deve existir tanto para o autor quanto para o réu, sendo uma das condições da ação, instrumento hábil para provocação da jurisdição. Assim, a legitimidade é condição *sine qua non* para que se possa provocar o judiciário e refere-se à uma relação de direito material que possa unir autor e réu.

Diz o Código de Processo Civil que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º). Essa disposição legal garante que a pretensão seja apresentada em juízo, por e contra as pessoas que se encontrem atadas ao direito material discutido, de tal sorte a evitar que pessoas estranhas a esse direito possam pleitear o seu reconhecimento em nome e em favor de seus titulares.<sup>1</sup>

Como condição da ação que é, sua falta implicará em extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI), que poderá ser reconhecida por qualquer juízo e em qualquer grau de jurisdição, por provocação da parte contrária, ou mesmo de ofício pelo magistrado, daí o porquê sua importância.

#### 1.1 Legitimidade ativa

De regra, o principal legitimado para ingressar em juízo visando à indenização por erro médico é a própria vítima do evento danoso indenizável, quando tratar-se de lesões, ferimentos ou incapacitações. Neste caso, basta que o mesmo

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, ver Misael Montenegro Filho, *Curso de direito processual civil*, p. 118 ss.

tenha a capacidade genérica para ser parte no processo, qual seja, tenha capacidade para os atos da vida civil. Na eventualidade de ser menor ou incapaz, será titular da ação o lesado, porém assistido ou representado por seu representante legal, sejam os pais, seja o curador ou mesmo o tutor.

Depois de proposta a ação, se o autor vem a falecer, seu espólio será parte legítima para suceder, mesmo em se tratando de ação de indenização por danos morais, pois embora os danos sejam pessoais, o direito à indenização é de natureza patrimonial e, em sendo assim, transmite-se aos sucessores, operando-se a substituição processual em caso de falecimento do lesado no curso da ação (CPC, art. 43).

Nessa linha de proceder, cabe destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é majoritariamente favorável à substituição processual, no caso de falecimento da vítima de dano moral e, a guisa de exemplo, colacionamos posicionamento do Ministro Aldir Passarinho que assim deixou assentado: *“A morte da autora, no curso do processo, com a instrução finda, não obsta a prolação da sentença. A ação por danos morais transmite-se aos herdeiros da autora, por se tratar de direito patrimonial.”*<sup>2</sup> Também o Ministro Jorge Scartezini que teve oportunidade de se manifestar sobre a questão e deixou consignado: *“Na linha da jurisprudência desta Corte, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais.”*<sup>3</sup>

Diferentemente é o caso de a vítima falecer durante os procedimentos médicos ou no pós-operatório. Neste caso, como não haverá nenhuma ação proposta pela vítima do acidente, a legitimidade para propositura de ação se desloca para os parentes próximos, tais quais o cônjuge sobrevivente, os descendentes, os ascendentes e os colaterais, sendo que os mais próximos afastam os mais distantes, segundo critério da vocação hereditária.

Não basta, contudo, ser apenas parente, é preciso que o interessado demonstre que tinha proximidade com a vítima, com ela residia, tinha laços de relacionamento constantes e permanentes. Logo, em se tratando de danos morais, é preciso que o parente faça a prova da vinculação afetiva que mantinha com o falecido, de tal sorte a que se possa reconhecer o abalo psíquico ensejador da indenização por dano moral ou, de outro lado, a dependência econômica para poder justificar o pedido de alimentos através de pensionamento. Segundo Fabrício Zamprogna Matielo, *“a mera ligação de sangue pode ter repercussão nenhuma sobre o aspecto emocional dos envolvidos, ainda quando um deles seja lesado em decorrência de erro médico, como ocorreria, por exemplo, no caso de pai e filho mal se conhecerem até o momento do evento lesivo ao qual se segue a investigação de paternidade”*. Complementando seu posicionamento, assevera ainda: *“somente padece moralmente aquele que com a vítima mantém laços estreitos e sofre pela*

<sup>2</sup> STJ, REsp 647562/MG, Quarta Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU 12.02.2007.

<sup>3</sup> STJ, REsp 648191/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezini, DJU 06.12.2004.

*superveniência do episódio danoso, e isso não é o lógico em se tratando de pessoa que não despertam recíproco sentimento de afinidade”.*<sup>4</sup>

De toda sorte, há uma presunção de que o cônjuge supérstite,<sup>5</sup> seja por um motivo de natureza econômica, seja por uma razão de ordem afetiva, será o legitimado natural para propositura da ação. Da mesma forma os filhos, tanto maiores quanto menores, são legitimados natos tendo em vista os laços de dependência econômica, no que diz respeito aos menores, e a afetividade que naturalmente os ligava todos ao *de cuius*.<sup>6</sup> Isto se explica facilmente, porque um chefe de família que tenha ficado incapacitado para o trabalho em razão de erro médico causa como consequência lógica dano material e dano moral para sua mulher e seus filhos, privados que ficarão não só do sustento que lhes proporcionava a renda do pai de família, como também do afeto no caso de morte.<sup>7</sup> Neste caso, a morte do ente querido atinge, simultaneamente, o cônjuge sobrevivente e os filhos, de tal forma que o direito de ação compete cumulativamente a um e outros.

Pode eventualmente ocorrer de que o cônjuge estivesse separado de fato do falecido e com ele não mais residisse, caso em que nenhuma legitimidade teria para propositura de ação por danos morais, contudo poderia estar legitimado a propor ação de reparação com base no direito alimentar, se fosse credor de alimentos.

Se a própria vítima ingressar com ação de ressarcimento por danos morais em face de sequelas causadas por erro médico, ninguém mais poderá demandar o mesmo médico sob o mesmo pretexto. Seria insustentável para o lesante que, a todo tempo, estivesse sujeito a novas ações visando à indenização pelo mesmo fato que já debateu com a vítima.

Tratando-se de danos materiais, não há limitações tendo em vista que todo aquele que tiver sofrido prejuízo como decorrência do erro médico pode pleitear a restauração de seu patrimônio ao *status quo ante*, independentemente das relações que mantinha com a vítima do acidente médico. Pode ocorrer de algum amigo, parente próximo ou mesmo distante concorrer com as despesas para o tratamento, internação ou cirurgias a que se submeteu a vítima. Como ensina Aguiar Dias, “*tem direito de pedir reparação toda pessoa que demonstre um prejuízo e a sua injustiça. O quadro dos sujeitos ativos da reparação deve atender a esse princípio, de ampla significação. Assim sendo, quer se trata de dano moral ou de dano material, não se pode cogitar de restringir a ação de indenização a privilégio do parentesco*”.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> *Responsabilidade civil do médico*, p. 212.

<sup>5</sup> Não se esqueça de que o(a) convivente se equipara a cônjuge para efeitos de reparação civil.

<sup>6</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*, p. 329.

<sup>7</sup> Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. II, p. 785.

<sup>8</sup> *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 786.

## 1.2 *Legitimidade passiva*

Legitimado passivamente por erro médico será aquele que tenha dado causa ao evento lesivo indenizável, bem como aqueles que estejam por lei ou pelo contrato obrigados a recompor o prejuízo da vítima ou das pessoas legitimadas a buscar o ressarcimento.

Tratando-se de erro médico, o primeiro legitimado passivamente será, indubitavelmente, o próprio médico causador das lesões. Em seguida vem o estabelecimento hospitalar (hospital, clínica ou casa de saúde, pública ou particular), que responde pelos danos causados por erro de médicos que sejam seus funcionários, como também responde pelos danos causados pelos outros serviços auxiliares e suplementares.

Há ainda a possibilidade de legitimação passiva das empresas que exploram os planos de saúde, em razão de erros médicos cometidos por profissionais por elas credenciados ou conveniados. Neste caso, o plano de saúde se enquadra na condição de fornecedor de serviços, podendo ser demandado pelos danos causados por seus representantes autônomos (CDC, art. 34), cabendo-lhes direito de regresso contra o profissional que tenha perpetrado o ilícito.<sup>9</sup>

## 1.3 *Solidariedade passiva*

Como regra geral, nos casos definidos como de responsabilidade solidária, o lesado pode demandar indistintamente qualquer um dos responsáveis solidários, assim como pode demandar todos conjuntamente, vez que, em face da noção de solidariedade, o credor tem direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (Código Civil, art. 275).

Além disso, considerando que as relações médico-hospitalares se subordinam às regras do Código de Defesa do Consumidor, temos que, por força do parágrafo único do art. 7º, não só os médicos, como também os hospitais, devem responder por danos decorrentes de erro na prestação de seus serviços, haja vista que, ao fornecê-los, tanto o hospital quanto o médico que é empregado, atua imbuído de interesse econômico.

Considere-se ademais que, tratando-se de responsabilidade civil *ex delicto*, o Código Civil é expresso ao determinar a solidariedade entre os autores e coautores da ofensa (art. 942).

Advirta-se, contudo, que a solidariedade não se presume, devendo resultar da lei ou da vontade das partes expressamente prevista em contrato.

A importância da solidariedade passiva, nos casos de responsabilidade civil, reside no fato de que se alargam as possibilidades de ressarcimento dos danos,

<sup>9</sup> Assim também Misael Montenegro Filho in *Responsabilidade civil*, p. 140.

sejam morais ou materiais, tendo em vista que a vítima pode demandar, indistintamente uns e outros, podendo optar inclusive, por aquele que lhe pareça em melhores condições de arcar, eventualmente, com uma condenação pecuniária.

### 1.3.1 Solidariedade entre o médico e o hospital

Os hospitais, casas de saúde e similares respondem pelos atos dos profissionais que os administram (diretores, supervisores, gerentes etc.), bem como pelos atos dos médicos que sejam seus empregados, e pelos atos dos outros empregados de apoio ao serviço, além dos danos causados por vícios ou defeitos de equipamentos, alimentação, hospedagem e outros serviços auxiliares (CDC, art. 14, *caput*, c/c art. 34). Conforme já assinalado, esta responsabilidade é objetiva, significando dizer que não se perquire sobre a culpa, bastando ao lesado demonstrar o dano e o nexo com a falha na prestação do serviço.

Embora seja possível responsabilizar solidariamente o nosocômio e o profissional médico, a opção de demandar um e outro conjuntamente é do paciente que tenha sofrido o dano, já que se trata de litisconsórcio facultativo (CPC, art. 46). Assim, a solidariedade passiva somente pode ocorrer no início da ação, se a vítima colocar no polo passivo todos os participantes do fornecimento do serviço defeituosos. Optando a vítima por propor a ação somente contra a instituição de saúde, o que mais comumente acontece, não caberá ao nosocômio denunciar à lide o profissional envolvido, chamado-o a juízo, tendo em vista a vedação constante da lei consumerista (CDC, art. 88). Na eventualidade de condenação, caberá à instituição, em ação de regresso, voltar-se contra o profissional que deu causa ao acidente e, demonstrando sua culpa, obter o ressarcimento dos valores indenizatórios pagos à vítima.

Tratando-se de erro médico, somente não haverá responsabilidade do hospital nos casos em que o médico apenas e simplesmente utilize suas instalações, para internação e tratamento dos seus clientes. Neste caso, a responsabilidade por eventuais danos deverá ser debitada, exclusivamente, ao médico, tendo em vista que o nosocômio apenas cedeu as instalações para que ali se realizasse o ato médico.

### 1.3.2 Solidariedade entre o médico, o hospital e o plano de saúde

Quem contrata plano de saúde recebe, normalmente, uma lista de médicos e hospitais conveniados ou credenciados junto aos quais deverá procurar o atendimento profissional que venha a necessitar. O sistema é de livre escolha condicionada, isto é, livre escolha dentre os disponibilizados pela empresa. Nesse passo, a empresa de convênio responde isolada ou conjuntamente com o médico ou hospital pelos defeitos na prestação dos serviços. Sua responsabilidade decorre dos riscos da escolha, tendo em vista que agem no mercado como uma espécie

de garantidor ou fiador da qualidade dos serviços oferecidos por seus credenciados/conveniados.

Nesse passo, o sempre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior assim se manifestou sobre a questão: “A entidade privada de assistência à saúde, que associa interessados através de planos de saúde, e mantém hospitais ou credencia outros para a prestação dos serviços a que está obrigada, tem ela responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados.”<sup>10</sup>

Com relação aos seus associados, aos planos de saúde são impostos alguns deveres: por primeiro, de prestar o atendimento prometido; por segundo, de prestar informações e agir com transparência, no que diz respeito aos serviços disponibilizados, suas eventuais restrições e alcance; e, por terceiro, o dever de vigilância, mantendo em seus quadros de associados/conveniados somente profissionais capacitados voltados para as atividades propostas.<sup>11</sup>

Assim, a obrigação dos planos de saúde é de resultado, significando dizer que assume a responsabilidade pela qualidade dos serviços, respondendo objetivamente, isolada ou solidariedade com os profissionais médicos e estabelecimentos hospitalares, pelas falhas na prestação de serviços.

Advirta-se ainda que qualquer cláusula que exonere ou atenua a responsabilidade dos planos de saúde, por danos causados aos seus associados, será tida como nula de pleno de direito, isto é, inexistente, por contrariar o disposto no Código de Defesa do Consumidor que proíbe nas relações de consumo a cláusula contratual de não indenizar (art. 25, *caput* c/c art. 51, I).

Por fim, cumpre fazer uma importante ressalva: Não incorrem em solidariedade os planos de saúde cujos contratos com seus clientes preveem, expressamente, a liberdade para a escolha de médicos e hospitais. Da mesma forma, os seguros-saúde, tendo em vista que estes somente reembolsam as despesas efetuadas pelo paciente. Em ambos os casos, as empresas não respondem pelos eventuais erros do profissional selecionado, tendo em vista que não tiveram nenhuma participação na escolha, já que esta se deu de forma livre pelo segurado. Nesse caso, a responsabilidade será exclusivamente do profissional ou do estabelecimento que prestou o atendimento. Assim, a responsabilidade da empresa estará limitada tão somente ao reembolso das despesas realizadas, não respondendo pela eventual falha ou defeito na prestação dos serviços.

### 1.3.3 Solidariedade entre o médico e o hospital público

Esclareça-se desde logo que, em se tratando de hospital público, ainda que se considere que não há relação de consumo, ante a gratuidade dos serviços médicos prestados, ainda assim a responsabilidade também será objetiva, neste caso apli-

<sup>10</sup> Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica* nº 231.

<sup>11</sup> Cf. Marilese Kostelnaki Baú in *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil*, p. 33-34.

cando-se o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a teoria do risco administrativo, a qual dispensa a verificação do dolo ou da culpa em relação ao dano ocasionado pelo poder público ou pelos seus agentes. No entanto, o prejudicado terá que provar a existência do nexo de causalidade entre a atuação médica e o dano sofrido, eximindo-se o Estado somente se provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Quanto à solidariedade do médico com o hospital público, não vemos nenhuma incompatibilidade do ponto de vista técnico, porém, na prática, será um contrassenso colocar-se no polo passivo de demanda indenizatória o profissional, tendo em vista que ao Estado caberá responder pelos atos de seus agentes. Ademais, a colocação do profissional no polo passivo obrigará a parte lesada a provar a culpa do mesmo no evento lesivo que se pretenda ver indenizado.

Questão interessante que tem emergido quando se trata do Sistema Único de Saúde, mais conhecido pela sigla SUS, é saber se a responsabilidade pelos danos causados por seus servidores seria responsabilidade do município, do Estado ou da Federação. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos municípios, de modo que, qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de qualquer demanda.<sup>12</sup> Assim também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de cujo aresto se transcreve: “O município, na condição de agente do Sistema Único de Saúde, está legitimado para responder por ação de indenização decorrente de erro médico perpetrado em decorrência de atendimento pelo referido sistema.”<sup>13</sup>

## 2 Competência do juízo

Conforme já exhaustivamente afirmado, as relações dos médicos, hospitais, clínicas, planos de saúde e assemelhados com seus clientes ou pacientes são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, quando da propositura de ação indenizatória por erro médico, o consumidor pode optar por propor a ação no foro de seu domicílio (CDC, art. 101, I) ou poderá optar pela regra geral e propor a ação no foro do domicílio do réu (CPC, art. 94) e, normalmente, perante a Justiça Estadual comum.

Esta regra sofre exceção quando a ação for dirigida contra a Fazenda Pública. Se for contra município, será competente a justiça cível estadual da comarca onde se deu o fato. Se for contra o Estado ou Município-Capital, e a organização judiciária do mesmo comportar varas especializadas da Fazenda Pública estadual ou mesmo municipal, deverá ser neste foro proposto a ação. Já no que se refere aos entes públicos federais, competente será a Justiça Federal, em razão da pes-

<sup>12</sup> STJ – REsp 200501283114 – (771537 RJ) – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 03.10.2005 – p. 237.

<sup>13</sup> TJMG – AG 000.314.428-4/00 – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Caetano Levi Lopes – J. 22.05.2003.

soa, devendo a ação ser proposta na seção judiciária onde o autor se encontrar domiciliado ou o do local da ocorrência do fato (CF, art. 109, I e § 2º).

Problema frequente em nossos Tribunais tem sido a cláusula eletiva de foro nas relações de consumo. O entendimento tem sido o de considerar inválida a cláusula de eleição de foro, principalmente com fundamento na necessidade de facilitação da defesa do consumidor, e em razão da hipossuficiência (Lei nº 8.078/90, art. 6º, VIII). Nesse caso, o magistrado pode declinar da competência de ofício, desde que se convença de que tal cláusula acarreta desequilíbrio contratual e dificulta a própria defesa dos direitos do consumidor em juízo.

### 3 Proibição de denúncia à lide

Tratando-se de reparação de danos materiais e morais decorrentes de prestação defeituosa de serviços médicos, não cabe denúncia da lide, pois, objetivando possibilitar uma prestação jurisdicional mais célere ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu expressa proibição de denúncia da lide, garantindo-se o direito de ação regressiva que poderá ser ajuizada, inclusive nos mesmos autos (Lei nº 8.078/90, art. 88).

O objetivo da norma é impedir que novas questões jurídicas sejam trazidas aos autos de forma incidental, retardando a prestação jurisdicional ao consumidor. Agiria contra o senso de justiça discutir, por exemplo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços médico-hospitalares.

Embora a norma consumerista tenha previsto a proibição da denúncia à lide no art. 88, reportando-se ao comerciante e remetendo o leitor ao art. 13, parágrafo único, há que ser feita uma interpretação adequada da norma, tendo em vista que ele é aplicável a qualquer caso envolvendo consumidor e fornecedor, sendo unânime a doutrina em admitir que o legislador foi infeliz na localização deste dispositivo.<sup>14</sup>

Assim, o código permite que aquele que for demandado e condenado, após promover a liquidação da indenização correspondente, possa se voltar contra o efetivo causador dos danos, nos mesmos autos ou em processo autônomo, em ação regressiva, para se ver ressarcido dos prejuízos suportados.

<sup>14</sup> Nesse sentido ver Sergio Cavaliere Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 441, e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários ao Código de proteção ao consumidor*, p. 76.

## 4 Reflexões sobre as provas

Toda pretensão formulada pelo autor de uma ação e resistida pelo réu se embasa em fatos que poderão, ou não, corresponder à verdade. Nestas circunstâncias, quem alega ou nega determinado fato, deverá provar a veracidade e existência do alegado. Essa é a regra geral insculpida no nosso Código de Processo Civil (art. 333).

A prova no sentido geral é o meio pelo qual se busca convencer alguém no tocante a uma determinada verdade. No que diz respeito à prova judiciária, podemos afirmar que é o meio pelo qual as partes procuram demonstrar a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação com a finalidade de convencer o julgador da certeza do direito posto em apreciação. O mestre Moacyr Amaral Santos, considerando a prova, como meio pelo qual se estabelece a existência positiva ou negativa de um fato probando, assim como a própria certeza dessa existência, define-a: “*prova é a soma dos fatos produtores da convicção apurados no processo*”.<sup>15</sup>

### 4.1 Alcance e importância das provas

Pode acontecer de ser carreado para o processo um grande número de elementos probante e, mesmo assim, não se atingir o objetivo maior que é o convencimento do magistrado. Neste caso, pode-se afirmar que não houve prova em sentido jurídico, mas apenas a apresentação de elementos com os quais se pretendia provar, sem, contudo, atingir a verdadeira meta da prova, qual seja, o convencimento do juiz.<sup>16</sup>

Por isso é preciso ter em mente que as provas se subordinam a algumas condições, sob pena de não atingirem os fins colimados. Assim, primeiramente, as provas devem se reportar a fatos pertinentes ao processo, isto é, relacionados com a causa, sob pena de serem declarados inúteis. Devem também ser relevantes, ou seja, que possam influir de forma decisiva no julgamento da causa. Devem também se reportar aos fatos controvertidos porque, se aceito, expressa ou tacitamente, pela parte contrária, não haverá interesse processual em demonstrá-lo.<sup>17</sup>

Cumprido destacar ainda que os meios de provas, que são os instrumentos pessoais e materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade dos fatos, são todos aqueles moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, desde que hábeis a provar os elementos em que se funda a ação ou a defesa (CPC, art. 332).

<sup>15</sup> *Primeiras linhas*, v. II, p. 331.

<sup>16</sup> Humberto Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*, p. 456.

<sup>17</sup> Cf. Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*, v. II, p. 183.

No campo das relações médicas, a prova do erro médico é, no mais das vezes, quase impossível para o paciente lesado, principalmente em face da falta de testemunhas e documentos devido à confidencialidade da relação médico/paciente. Além disso, a complexidade técnica dos procedimentos médicos, associados ao silêncio daqueles que assistem ou participam de ato cirúrgico, por exemplo, complementam o quadro de dificuldade para se fazer a prova do erro culposo do médico.<sup>18</sup>

As dificuldades acima indicadas constituem aquilo que a doutrina tem chamado de “prova diabólica”, pois tudo que diz respeito ao tratamento médico se relaciona com práticas e conhecimentos estranhos ao paciente leigo, os quais somente através de perícia médica se poderão provar, residindo aí uma outra grande dificuldade – o corporativismo.

Além disso, em muitas circunstâncias o tempo que medeia o evento danoso e a propositura da ação indenizatória conspira, e por vezes até inviabiliza, a obtenção da prova da culpa do profissional, tendo em vista que o próprio paciente ou seus familiares nem sempre reagem prontamente à constatação de um suposto erro médico.

Em face das dificuldades apontadas é que a doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, têm se encarregado de *“aliviar a carga probatória do autor, não sendo (nos dias atuais) mais necessária uma prova acabada ou completa da culpa, mas sim deduzindo-se esta de determinados fatos que, ‘prima facie’, permitem presumi-la, segundo as regras do critério humano, que não são outras que as da lógica”*.<sup>19</sup>

E isto se justifica porque impor a vítima de erro médico a demonstração cabal dos fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que as cercam, impossibilitam à vítima a realização de qualquer meio de prova, seria o mesmo que negar-lhe, *a priori*, qualquer reparação.<sup>20</sup> Como dizia Josserrand: *“um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada; não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só”*.<sup>21</sup>

Tendo em vista estas constatações, os indícios e presunções passaram a ter uma importância singular quando se trata de aferir-se o erro médico. Da mesma forma, as teorias da “carga probatória dinâmica”, “da perda de uma chance” (*perte d’une chance*) e “da coisa fala por si mesma” (*res ipsa loquitur*) são construções doutrinárias e jurisprudenciais que têm suavizado o encargo probatório da vítima de erro médico.

<sup>18</sup> Cf. João Monteiro de Castro in *Responsabilidade civil do médico*, p. 187.

<sup>19</sup> Miguel Kfoury Neto. *Culpa médica e ônus da prova*, p. 75.

<sup>20</sup> Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, v. I, p. 100.

<sup>21</sup> *Evolução da responsabilidade civil*, RF n° 86.

Além disso, vige desde 1990 o Código de Defesa do Consumidor que criou a possibilidade de inversão do ônus da prova, de tal sorte a afirmar que foi dado um grande passo na direção de um processo socialmente justo, tendo em vista que, no que diz respeito ao tema em foco, “*o médico é quem está em melhores condições de realizar a prova de um fato, uma vez que a prova está ligada diretamente à sua atividade*”.<sup>22</sup>

Pela importância das teorias acima elencadas, cada uma delas merecerá a devida abordagem nos tópicos seguintes.

## 4.2 Ônus probatório

Prevalece na legislação brasileira a regra geral de que o ônus da prova incumbe a quem alega, seja no que diz respeito ao fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou mesmo extintivo de um direito (CPC, art. 333), em completa fidelidade com o princípio dispositivo pelo qual é das partes a iniciativa de movimentação da máquina judiciária.

A lei não obriga as partes a fazer a prova, mas lhes atribui o ônus de provar tudo quanto tenha sido alegado e, em caso de omissão, deverão arcar com as consequências da não realização das provas necessárias ao convencimento do julgador.

Discorrendo sobre a importância das provas, Louis Josserand afirma que não basta a parte ter direitos, é preciso que tenha também ocasião de estabelecer a sua existência através dos procedimentos pelos quais se possa atingir este objetivo – os meios de prova.<sup>23</sup> Assim, a necessidade de provar para vencer a demanda é da essência do processo e recebe o nome de ônus da prova, de tal sorte a afirmar com Wilhelm Kirsh que não se trata de uma obrigação nem de um direito, mas sim um ônus pelo qual aquele que não o fizer sofrerá as consequências de sua falta e omissão.<sup>24</sup>

## 4.3 Ônus probatório e o papel do juiz na coleta de provas

Advirta-se desde logo que na processualística moderna o juiz não é mais um mero autômato, um frio observador desinteressado, um mero aplicador da norma ao caso concreto. Cabe-lhe função de relevância na condução e na instrução adequada do processo. Nestas circunstâncias compete-lhe determinar, de ofício ou a requerimento das partes, as provas necessárias ao seu convencimento, en-

<sup>22</sup> Consuelo Taques Ferreira Salamacha. *Erro médico*, p. 108.

<sup>23</sup> *Derecho civil*, v. I, p. 157.

<sup>24</sup> Elementos de derecho procesal civil, 1940, p. 205 (apud José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*, p. 193).

quanto destinatário final das provas, assim como indeferir aquelas que repute manifestamente desnecessárias ou protelatórias (CPC, art. 130).

A busca de uma solução justa para o processo exige que o magistrado deixe de lado a postura passiva e passe a atuar diretamente na produção da prova, tendo em vista a busca da verdade real, tudo com a finalidade de que o processo tenha como solução final uma decisão a mais justa possível.<sup>25</sup> Além disso, há uma imposição de ordem pública, qual seja, o interesse estatal de que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras de direito, de tal sorte que o juiz, no processo moderno, não pode ficar ausente de pesquisar a verdade material.<sup>26</sup>

Destaque-se ainda que o nosso Código de Processo Civil determina que o juiz aprecie todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo aqueles não alegados pelas partes, desde que indique os elementos de seu convencimento de forma motivada (art. 131). Além disso, prescreve nossa lei dos ritos que, em falta de normas jurídicas específicas, o juiz deverá aplicar as regras de experiência comuns, as chamadas máximas de experiências do que comumente acontece no cotidiano (CPC, art. 335). Assim, o nosso código adotou o sistema da “persuasão racional”, também chamado de “livre convencimento motivado”.

Significa dizer que, independentemente do ônus probatório que incumbe as partes, devido ao caráter público que o processo moderno assumiu, o juiz passou a ter papel ativo no bem desenrolar do processo, incumbindo-lhe apontar as partes às lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas necessárias à rápida solução do litígio e o encontro da verdade real.<sup>27</sup>

Tudo isso em nome da realização da justiça, que é um dos objetivos primeiro do Estado moderno. Nesse sentido e conforme afirma Humberto Theodoro Junior, o poder de promover a prova inscreve-se entre os atributos de soberania, estando acima dos interesses particulares das partes, pois existe um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência da vontade da lei, como ideal da manutenção da paz social e do império da ordem jurídica, tudo isso a justificar o papel diretivo e ativo do magistrado.<sup>28</sup>

Cabe por fim um alerta: esta participação ativa do juiz encontra limites ditados pelo próprio sistema da legalidade e da imparcialidade, e também pela obrigação de dispensar as partes tratamento igualitário. Além disso, o magistrado está adstrito ao pedido do autor, tendo em vista que terá que decidir a lide nos limites em que foi proposta a ação, sendo-lhe vedado conhecer de questões estranhas, não suscitadas no processo, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes (CPC, arts. 125 e 128).

<sup>25</sup> Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, p. 423.

<sup>26</sup> Humberto Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 460-461.

<sup>27</sup> Cf. Fritz Baur. Transformações do processo civil em nosso tempo in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. VII, p. 58-59 (apud Humberto Theodoro Junior in *Curso*, p. 462).

<sup>28</sup> Op. cit. p. 468.

Como diz Cândido Rangel Dinamarco, sabe-se que o princípio da demanda e o princípio dispositivo constituem limitações indispensáveis ao exercício da jurisdição, no sentido de que o juiz não exerce seu mister *ex officio*, nem pode se considerar inteiramente solto na relação processual, livre para investigar os fatos segundos os ditames de sua própria curiosidade.<sup>29</sup>

Quer dizer: “o juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indeferida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinada pelo sistema e subordinada à necessidade primordial de verdade na vida social”.<sup>30</sup>

#### 4.4 Provas diretas

As provas diretas são aquelas que fornecem ao magistrado, de forma objetiva, os elementos de convencimento da ocorrência e da existência do fato que se pretende provar. Nesse norte, e à guisa de exemplo, a testemunha descreve o que viu ou ouviu; o perito atesta em seu laudo as circunstâncias em que o ato médico se realizou, a extensão dos danos, as técnicas utilizadas e sua conformidade ao caso concreto; o contrato prova a relação obrigacional entre médico e paciente; o prontuário médico prova o tratamento e os procedimentos adotados, e a confissão torna os fatos incontroversos. Nestas circunstâncias, as provas falam por si só, não exigindo do julgador grandes deduções lógicas para perquirir a verdade do ocorrido, o que lhe permite conhecer dos fatos de forma objetiva, direta, sem ilações.

As provas diretas estão discriminadas no Código de Processo Civil, sendo elas: o depoimento pessoal (arts. 332 a 347); a confissão (arts. 348 a 363); os documentos (arts. 364 a 399); as testemunhas (arts. 400 a 419); a perícia (arts. 420 a 419); e a inspeção judicial (arts. 400 a 443). Além destas especificadas, permite nossa lei processual que se possam usar outros meios de prova, desde que moralmente legítimos, tais como a prova emprestada, a prova dactiloscópica, os indícios e as presunções.

#### 4.5 Provas indiretas: indícios e presunções

Para a formação do livre convencimento motivado do juiz, a prova de determinado fato não se faz apenas de maneira direta, mas também de forma indireta,

<sup>29</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 227.

<sup>30</sup> Benjamim Nathan Cardoso. *A natureza jurídica do processo e a evolução do direito* (apud Sergio Couto. *Erro médico. COAD Seleções Jurídicas*, v. 1).

através dos indícios e presunções, os quais, estando em perfeita harmonia com os demais elementos constantes dos autos, autorizam um juízo de mérito.

Indícios, conforme ensina Moacyr Amaral Santos, é todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e fatos provados, suscetíveis de conduzir, por inferência, ao conhecimento de outro fato desconhecido, ou seja, por via do raciocínio se pode, a partir de um fato conhecido, depreender que o fato probando dele decorre, seja como causa ou efeito. Assim, o fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por meio da qual se poderá chegar, por dedução lógica, ao fato desconhecido. Ao resultado dessa operação chamamos de presunção.<sup>31</sup>

Presunções se formam a partir de um conjunto de fatos provados e relacionados entre si que, por dedução lógica, leva o aplicador da norma a concluir que os acontecimentos ocorreram de determinada maneira. Por exemplo: a negativa do médico em carrear para os autos o prontuário médico do paciente, os exames laboratoriais, dentre outros, pode induzir o julgador a presumir que sua conduta omissiva é sinônimo de culpa pelo evento que se pretende imputar-lhe. A esse tipo de presunção denominamos de simples, ou comum, ou seja, aquela presunção não prevista em lei que forma a consciência do juiz sobre um determinado fato ou circunstância, atendendo ao que ordinariamente acontece, permitindo-lhe extrair dos fatos a certeza de um direito alegado ou negado. Chamamos de presunções simples ou comuns para diferenciá-las das presunções legais, que são aquelas expressamente previstas em lei, as quais, via de regra, dispensa a necessidade de prova (CPC, art. 334, IV).

Tal se justifica porque, em determinadas circunstâncias, as provas diretas não se apresentam de forma abundante, logo, usa-se a indireta, constituída por indícios e presunções, permitindo-se chegar à verificação da existência de um fato, ou dedução a respeito desse fato antijurídico, passível de indenização.<sup>32</sup> Advirta-se que no campo da responsabilidade médica, onde a prova da conduta culposa do profissional normalmente é de difícil consecução, o juiz, enquanto destinatário final das provas, estará autorizado a atenuar a rigidez da distribuição do ônus da prova para admitir os indícios e presunções, como forma indireta de comprovação do alegado pelas partes.

Oportuno lembrar as sábias palavras de René Savatier que, preocupado com a dificuldade do lesado em fazer a prova da culpa médica, entende que os magistrados estão autorizados a usar os indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmos aqueles biológicos.<sup>33</sup> Assim também, Humberto Theodoro Junior, para quem nem sempre é possível um juízo rigoroso e preciso sobre as eventuais falhas técnicas e o seu nexos com a lesão ou o dano, de tal sorte que o juiz, com base na sua experiência de vida e na observação do

<sup>31</sup> Op. cit., p. 499.

<sup>32</sup> Cf. Juiz Laércio Laurelli (TACRIMSP – Ap 1258177/0 – 1ª C. – DOESP 01.10.2001).

<sup>33</sup> Citado por Teresa Ancona Lopez de Magalhães. *Responsabilidade civil* (coord. Yussef Said Cahali), p. 311.

que comumente acontece, pode adotar princípios universalmente aceitos, como o da previsibilidade e o da razoabilidade, para avaliar a conduta do profissional e chegar a um juízo de valor sobre a causa da lesão.<sup>34</sup>

Advirta-se, contudo, que muitos doutrinadores não consideram os indícios e presunções como meios de provas, considerando-os tão somente como um tipo de raciocínio dedutivo pelo qual se pode concluir que determinado fato aconteceu.<sup>35</sup>

Somos de entendimento de que o conjunto de indícios, associado ao evento danoso, pode levar o magistrado a presumir a existência do erro médico indenizável porque, *“prova cabal, insuscetível de questionamento por peritos médicos, é de difícilíssima obtenção nessa matéria. Por isso, sendo os indícios convincentes, há mister julgar-se procedente a pretensão indenizatória. O julgador deve, nesses casos, abandonar o dogmatismo probatório e se deixar guiar por maior percentual de senso comum”*.<sup>36</sup>

#### 4.6 A prova pericial e o corporativismo da classe médica

Nas questões judiciais que tratam de erro médico e não sendo o magistrado um técnico no assunto, a realização de perícia é fator de esclarecimento que não se pode abrir mão. Contudo, a experiência demonstra que o laudo técnico deve ser recebido com a devida cautela, pois a opinião em que se louva o perito, sem embargo de seu elevado conceito, tende a isentar o colega pelo ato incriminado, sob a inspiração daquilo que os irmãos Mazeaund denominaram *“esprit de corps”*, ou solidariedade profissional.<sup>37</sup>

É exatamente nesse ponto que reside o grande e quase insolúvel problema para as vítimas de erro médico. A ação para ser julgada procedente dependerá da prova da culpa do profissional. A prova dessa culpa é difícilíssima, para não dizer impossível, porquanto além do provável silêncio daqueles que presenciaram o ato médico, tem-se *a priori* uma quase certeza de que a perícia judicial será elaborada contra o paciente, tendo em vista a união da classe médica na defesa de seus próprios interesses, naquilo que já se chamou de *“conspiração do silêncio”* ou de *“confraternidade profissional”*.<sup>38</sup>

Felizmente, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial. Muito embora se possa afirmar que o mesmo é leigo em assuntos médicos, ele está autorizado a formar sua convicção lastreada em outros elementos constantes do processo, até mesmo divergindo da conclusão pericial (CPC, arts. 131 e 436). A razão lógica

<sup>34</sup> Responsabilidade civil por erro médico in *Revista Síntese de Direito*, p. 152.

<sup>35</sup> Ver como exemplo, Ernane Fidelis dos Santos, *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 496.

<sup>36</sup> Miguel Kfourri Neto. *Responsabilidade civil*, p. 67.

<sup>37</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*, p. 149.

<sup>38</sup> Teresa Ancona Lopez de Magalhães. *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 310; Wanderley Lacerda Panasco. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*, p. 311.

dessa autorização legal é muito simples, pois decorre da independência que deve se revestir a elevada função jurisdicional do juiz. Admitir que o juiz deva subordinar sua decisão à conclusão do laudo pericial seria o mesmo que dizer que a prestação jurisdicional seria prestada pelo perito, sendo ele então, o verdadeiro juiz da causa. E isso, evidentemente, seria um tremendo contrassenso.

Certa feita o Desembargador Nilton Mondego pôde externar sua indignação diante de laudo médico inconcluso. Tratava-se de processo versando sobre erro médico, no qual uma paciente que buscou cirurgia plástica de embelezamento viu seu sonho transformar-se em pesadelo na exata medida em que saiu da malfadada cirurgia sem poder enxergar, falar, ouvir, andar e sem nenhuma coordenação motora, além da dificuldade de deglutição e com total deficiência cognitiva. Em dado momento de seu voto, o ilustre magistrado afirma que *“o laudo de fls. 292 a 351, que é confuso e parece ter sido elaborado, exatamente, para confundir, sabido que os juízes são leigos na matéria, considerando as disposições dos itens e subitens, não enfrentando as questões de frente e sempre partido das laterais, sem respostas positivas, informa à fls. 295, que, para ele, estar-se-ia diante de um quadro típico e característico de danos puramente neurológicos, sendo que o ‘aspecto, a postura e o total alheamento e desligamento do meio lembravam alguma situação da esfera psiquiátrica, tal como o autismo ou mesmo algum quadro de esquizofrenia’. [...] Essa referência, absolutamente desnecessária, só serviu para demonstrar o estado lamentável em que se encontra a segunda Autora, após a cirurgia. [...] Vale dizer: hoje é uma mulher que apresenta anormalidades tais que lhe aniquilaram a vida e decorreram da referida cirurgia. É o quanto basta para demonstrar a responsabilidade dos Réus e o dever de indenizar os danos materiais e moral, na forma do pedido”*.<sup>39</sup>

Por isso sempre fomos partidários de que o magistrado pode e deve ir além das conclusões do laudo pericial e, se for o caso, dele se afastar se entender que o mesmo não se presta a esclarecer a questão posta sob apreciação da jurisdição.

Ademais, a perícia não é uma superprova que se coloca acima das demais e que não permita questionamento algum. O laudo pericial vale, não pela autoridade técnica de quem o subscreve, mas pela força de convencimento dos dados que o perito conseguiu coletar. Esses mesmos dados podem ser cotejados com outros elementos probatórios disponíveis nos autos ou mesmo submetidos ao exame crítico e racional do juiz, que poderá concluir diversamente das conclusões apontadas pelo *expert*. O juiz pode não possuir os conhecimentos técnicos do perito, mas possui discernimento e experiência para rever os termos do silogismo em que se apoiou o laudo e, por isso, poder criticar e até mesmo desprezar a sua conclusão.<sup>40</sup>

Para ilustrar tudo quanto acima referido, colhe-se exemplar decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confira-se: tratava-se de ação de indeniza-

<sup>39</sup> TJRJ – Ap. Civ. nº 9.721/2002 – 15ª CC – Rel. Desª Maria Helena Salcedo, Publ. 15.5.2003, in *COAD Seleções Jurídicas* nº 2, p. 128.

<sup>40</sup> Des. Francisco Figueiredo in *COAD Seleções Jurídicas*, v. 1, p. 113-114.

ção por danos morais em face da morte de criança que, tendo recebido inúmeras transfusões de sangue, veio posteriormente a falecer em razão da AIDS, sendo que, comprovadamente, sua mãe não era portadora do vírus HIV. O laudo pericial, embora não descartasse a possibilidade de contaminação por transfusão, indicou três outras possibilidades: (a) a vítima pode ter sido contaminada pela sua própria genitora, por ter tido vários parceiros sexuais; (b) pelo seu pai biológico, que foi considerado desconhecido; (c) por algum dos vários parceiros sexuais de sua genitora, que possa ter contaminado com seus espermatozoides o útero gravídico de sua mãe. No julgamento da apelação, o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, com perfeita lucidez, considerou as hipóteses aventadas pelo perito como completamente infundadas, nos seguintes termos: a primeira opção diz que o veículo de transmissão do vírus ao infante pode ter sido “a sua própria genitora, por ter tido vários parceiros sexuais”. Ou seja, é como se algum desses “vários parceiros” tivesse transmitido o vírus para a mãe e esta o tivesse retransmitido ao filho, sem que nenhum vírus tenha ficado em seu próprio organismo. A segunda opção diz que o veículo de transmissão pode ter sido “o seu pai biológico, que foi considerado desconhecido”. Pergunta-se: o fato de alguém ser dado como desconhecido implica ser portador da AIDS? Evidente que não. Além disso, não consta que um pai gere um filho aidético sem contaminar a mãe desse filho. A terceira opção está assim descrita: “algum dos vários parceiros sexuais de sua própria genitora, que possa ter contaminado com seus espermatozoides o útero gravídico de sua mãe, enquanto essa o gestava ali”. Em outras palavras, o que se diz no laudo é que um vírus HIV do espermatozoide de algum parceiro contaminado rompeu o útero materno e penetrou na corrente sanguínea do feto ou do embrião, contaminando-o, sem, contudo contaminar a própria mãe. Nada mais inverossímil!... Diante dessas assertivas absurdas, o ilustre magistrado considerou como única hipótese plausível de contaminação, no caso concreto, as transfusões de sangue a que foi submetida a infortunada criança, razão por que confirmou a sentença e condenou o hospital no importe de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), por danos morais, no que foi seguido por seus pares.<sup>41</sup>

Também não está o magistrado obrigado a adotar como fundamento de sua sentença o laudo do perito oficial, podendo firmar sua convicção a partir do laudo, mesmo que divergente, dos assistentes técnicos que assistiram as partes. Nesse sentido, trazemos à colação trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da relatoria do Desembargador Paulo César Salomão, nos seguintes termos: *“A convicção do julgador está condicionada às regras jurídicas, de experiência, da lógica e do bom senso, nos termos do que dispõem os artigos 131 e 436, ambos do CPC. O fato de se adotar entendimento de laudo do perito indicado pela parte de modo algum compromete a imparcialidade da decisão. Primeiro, porque o tribunal não está adstrito ao laudo oficial. Segundo – e isso é assaz importante – porque é errôneo supor que o perito oficial tem maior autoridade e é mais dig-*

<sup>41</sup> TJDF – Ap. Civ. nº 2001.01.5004559-4 – 2ª T. – Rel. Des. Edson Smaniotto – DJ 21.08.2002 in COAD *Seleções Jurídicas* nº 2, p. 103-104.

*no de fé só por essa qualidade.*” E conclui o ilustre relator: “*O que deve contar é a sua qualificação profissional e, acima de tudo, o mérito racional de convencimento constante no laudo*”.<sup>42</sup>

O ex-presidente da Apamagis (Associação Paulista de Magistrados), Dr. Sebastião Luiz Amorim,<sup>43</sup> reconhece que os magistrados têm grandes dificuldades para avaliar um ato médico, apesar de poder requisitar apoio de médicos particulares como peritos. Nesse passo, afirma que “*os peritos não têm conhecimento da doença, mas do resultado. A maior parte do tratamento é entre quatro paredes, não há testemunhas. E é difícil os peritos testemunharem contra outro médico. Há uma dificuldade maior para obtermos a verdade*”. Frente a esta constatação, o ilustre ex-magistrado defende a criação de um departamento técnico estatal específico para auxiliar os juízes. Da forma atual, avalia, os peritos, que são médicos particulares, temem enfrentar processos dos acusados, de tal sorte que a melhor solução seria os peritos serem contratados pelo Estado e, com essa cobertura, eles poderiam fazer o laudo com maior independência e mais propriedades, sem temer a represália da classe.<sup>44</sup>

Advirta-se por fim, que alguns magistrados, certamente a minoria, adotam comodamente o resultado inconcluso da perícia como forma de julgar improcedente o pedido do autor, sob o argumento de que não restou provada a culpa do médico. Até para evitar que isso ocorra é de fundamental importância a indicação de assistente técnico, tanto pelo réu quanto e principalmente pelo autor, como forma de o advogado ter melhores condições de discutir a seriedade e profundidade do laudo oficial e, eventualmente, impugná-lo requerendo nova perícia.

Além disso, a elaboração dos quesitos é de fundamental importância para o perfeito esclarecimento dos fatos e para bem individualizar as responsabilidades. Deve ser formulado na linguagem coloquial, pois não é necessário, nem se exige, seja elaborado pelas partes em linguajar técnico-científico, até porque presume-se que os advogados sejam leigos em matéria de ciência médica. Importante é que seja elaborado de forma clara e objetiva, e com muito cuidado, porque, mais das vezes, as respostas podem acabar por desservir a causa de quem formula mal as questões.

#### **4.7 Inversão do ônus probante**

A inversão do ônus da prova é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores inovações contidas na lei consumerista e significa um importante instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, isto porque, em muitas situações, o consumidor não tem como fazer a prova de seu direito, seja em razão de seu

<sup>42</sup> TJRJ – 9ª CC – Ap. Cível nº 1998.001.01927 – rel. Des. Paulo César Salomão – j. 17.05.1999.

<sup>43</sup> Hoje Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>44</sup> Cf. reportagem da *Folha Online*, publicado no site Jurid em 15.12.2006.

desconhecimento técnico com relação ao problema que o produto ou serviço tenha apresentado, seja porque os elementos de prova se encontram em mãos do próprio fornecedor.

Quando tratar-se de falhas na prestação dos serviços dos hospitais, clínicas e similares, a inversão do ônus da prova é uma imposição que decorre da própria lei, isto é, não depende de nenhuma condicionante, nem mesmo de decisão do juiz. Explica-se: a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva (*caput* do art. 14 da Lei nº 8.078/90), sendo que este mesmo dispositivo legal estabelece em seu § 3º que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste (inciso I); a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (inciso II).

Veja-se que a lei é clara: o fornecedor somente não será responsabilizado se provar uma das causas excludentes de responsabilidade (CDC, art. 14, § 3º, I e II). Logo, quando tratar-se de pessoa jurídica, a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, de sorte que se o hospital ou clínica pretender se exonerar de responsabilidade em processo que lhe esteja sendo movido por erro médico, terá que provar (e este é seu ônus) uma das excludentes expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Já no que diz respeito aos profissionais liberais, cuja responsabilidade será aferida mediante a comprovação da culpa, não vemos nenhuma incompatibilidade quanto a inverter-se o ônus da prova, pois mesmo em se tratando de responsabilidade subjetiva, isso não tem o condão de afastar a regra de inversão do ônus *probandi* ínsita na lei consumerista.

Ademais, inverter o ônus da prova não significa presumir culpa, nem condenar aprioristicamente o profissional. Inverter significa que se está transferindo o ônus de realização da prova para aquele que tem melhores condições de produzi-la. Invertido o ônus da prova, nasce presunção relativa em desfavor do fornecedor, a quem tocará provar que forneceu o serviço corretamente ao consumidor, donde inexistir antagonismo entre a inversão do ônus da prova e a responsabilidade subjetiva do profissional liberal.<sup>45</sup>

Anote-se, por oportuno, que a regra geral da nossa processualística civil, conforme já assinalado, é aquela prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, pela qual, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus da prova quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo autor. Neste quadro, a inversão do ônus da prova é uma exceção a essa regra geral, devendo ser visto com as devidas cautelas.

Em muitas situações é de todo impossível ao lesado fazer a prova do seu direito como, especialmente, nos casos de erro médico. Veja-se que nestas circunstâncias, o prontuário médico, assim como todas as demais informações

<sup>45</sup> Assim já decidiu o ilustre Desembargador Manoel Cândido Filho (TJSE – Proc. 0402/2004 – (Proc. 7164/2004) – (20043062) – 1ª C. Cív. – j. 20.09.2004).

sobre as prescrições que foram ministradas ao paciente, encontram-se com o hospital ou com o médico. Anote-se ademais que o paciente, por ser leigo no assunto, não terá maiores meios de formalizar adequadamente sua pretensão de indenização por eventual erro médico. Neste caso, a exigência de que o consumidor faça a prova de que houve o erro médico é exigir-se aquilo que se denominou de “prova diabólica”.<sup>46</sup>

Conforme assevera o Des. José Marcos Morrone, a “*inversão do ônus da prova objetiva permitir ao consumidor o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, inserta no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal*”, de sorte que “*se a parte for reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo, legitima-se a inversão do ônus da prova*”.<sup>47</sup>

Advirta-se, contudo, que essa inversão não é automática. O legislador condicionou a sua concessão, desde que preenchidas algumas condições: (a) que o lesado seja hipossuficiente em relação ao fornecedor do serviço médico, (b) que suas alegações sejam verossímeis, e (c) ambas as condições a serem apreciadas livremente pelo juiz, segundo as máximas de experiências (art. 6º, VIII). Como diz José Geraldo Brito Filomeno: “*não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência*”.<sup>48</sup>

Ademais, é necessário que o magistrado fundamente e justifique adequadamente a determinação de inversão, decisão esta que poderá ser atacada via agravo de instrumento, com eventual efeito suspensivo.

#### 4.7.1 Momento da inversão

No dizer de Rizzato Nunes, “*o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes*”.<sup>49</sup>

Outra corrente entende que a inversão pode ocorrer em qualquer momento, desde que cientificada a parte contrária para evitar surpresa. Nesse sentido, a Magistrada Vanessa Verdolim Hudson Andrade assim se posicionou: “*a cientificação da adoção da inversão pode ser feita no despacho inicial, após a especi-*

<sup>46</sup> Georges Ripert in *O regime democrático e o direito civil moderno*, p. 331.

<sup>47</sup> TJSP – AI nº 0244112-90.2011.8.26.0000 – 23ª CDPriv. – Relator Des. José Marcos Morrone, j. 8.02.2012, v.u. – disponível no site do TJSP.

<sup>48</sup> *Código comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 86.

<sup>49</sup> *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 126.

*“ficação das provas, na audiência de conciliação, no saneador ou em qualquer momento que se fizer necessário, segundo o entendimento do juiz no caso concreto, mas deve haver decisão expressa e fundamentada, mesmo que de modo conciso, para não acarretar surpresa ao fornecedor”*.<sup>50</sup>

Já com uma posição extremada encontramos Kazuo Watanabe, para quem o momento correto para apreciação e aplicação da inversão do ônus da prova é o momento da prolação da sentença, pois entende que somente após a instrução do feito é que o juiz estará habilitado a dizer se é o caso de inversão do ônus da prova. Fazê-lo antes, assevera ainda o grande mestre, é proceder a um prejulgamento do feito, fato este inadmissível segundo nosso ordenamento jurídico.<sup>51</sup>

Entendemos que o momento mais adequado para a prolação da decisão que aprecia a inversão do ônus da prova é o do saneador, isto porque é neste momento que o juiz irá apreciar a regularidade do processo, decidindo questões processuais pendentes. Além disso, irá fixar os pontos controvertidos e avaliar a necessidade de realização de provas e determinar os meios pelas quais as mesmas devem ser produzidas (CPC, art. 331, § 2º). Além do mais, em prestígio ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é de rigor conceder à parte, a quem incumbe provar, a oportunidade para sua realização.

#### 4.7.2 Quem deve arcar com os custos da realização da prova?

Neste aspecto há duas correntes doutrinárias: uma que entende que, apesar da inversão do ônus da prova, o consumidor deve realizar os desembolsos necessários à realização das provas periciais; e outra que entende que seria tornar letra morta a inversão do ônus da prova se também não fosse imposto ao fornecedor o ônus de arcar com os custos da realização da perícia.

Embora a inversão do ônus da prova não esteja necessariamente ligada à hipossuficiência econômica do consumidor, é evidente que se ocorrer a inversão do ônus da prova, mas o consumidor tiver que arcar com os custos da realização da prova (antecipação de despesas periciais, por exemplo), não se terão atingidos os fins colimados pela lei em comento porque, na prática, não estará ocorrendo a preconizada “facilitação da defesa de seus direitos”.

Neste particular aspecto seria uma incrível contradição inverter o ônus da prova em favor do autor, mas lhe impor o ônus econômico da realização da mesma.<sup>52</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado entendimento de que, embora a inversão não implique em inverter os custos financeiros com a realização da prova, é do interesse do fornecedor custeá-la porque, se não o fizer, estará

<sup>50</sup> Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no código de proteção e defesa do consumidor in *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC*, v. 3 – 2002, p. 85.

<sup>51</sup> *Código comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 498-499.

<sup>52</sup> Cf. Rizzatto Nunes, *op. cit.* p. 127.

abrindo mão da oportunidade de provar que as alegações do autor eram infundadas, porque, se houve a inversão, houve também a presunção de que as alegações eram verossímeis e assim tudo milita em favor do consumidor.<sup>53</sup>

Assim também o posicionamento do Des. Roque Antonio Mesquita, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois entende que, “ocorrendo a inversão, deve ocorrer igualmente a inversão do ônus de pagar os honorários periciais, sem que se possa falar em ofensa aos arts. 19, § 2º, 33 e 333, I, todos do Código de Processo Civil”. Esclarece ainda o ilustre magistrado que, “evidentemente, se não cumprir com o pagamento, a prova pericial não será realizada e então suportará as consequências processuais” de seu ato omissivo.<sup>54</sup>

Quer dizer, a inversão do ônus da prova não obriga a que o médico ou hospital arque com os custos da realização da mesma. No entanto, o profissional ou o hospital estará abrindo mão da oportunidade de provar que as alegações do paciente eram infundadas, porque se houve a inversão, houve também a presunção de que as alegações eram verossímeis e assim tudo milita em favor do consumidor.<sup>55</sup>

Conforme já tivemos oportunidade de registrar, o Código de Defesa do Consumidor é para o consumidor o que a Consolidação das Leis do Trabalho é para o trabalhador: ambas são legislações dirigidas a determinado segmento da população, visando a uma proteção especial aos mais fracos na relação jurídica, visando dar concretude ao princípio da isonomia, de tal sorte a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata proporção de suas desigualdades, seguindo a máxima aristotélica.

#### 4.7.3 Determinação de ofício ou a requerimento da parte?

Sendo o Juiz o destinatário da prova, a ele compete determinar, a requerimento da parte ou não, as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130), donde depreender, por dedução lógica, que ele pode *ex officio* determinar a inversão do ônus da prova em processo cuja lide verse sobre a questão de erro médico. Não se olvide de que o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social, o que reforça a nossa tese, qual seja, da possibilidade da determinação da inversão do ônus probante sem a necessária provocação da parte.

De toda sorte, recomenda o bom senso que a vítima do erro médico requeira a inversão do ônus da prova já na petição inicial, de tal sorte a instar o juiz a se manifestar sobre a questão no momento oportuno.

<sup>53</sup> STJ, REsp 402.399-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJU de 18.4.2005, p. 304.

<sup>54</sup> TJSP, Ap Cível 7.312.652-8, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita, j. em 24.3.2009.

<sup>55</sup> Ver nossa obra *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidentes de consumo*, p. 172-173.

Registre-se que há três previsões no Código de inversão *ope legis*, isto é, por imposição da lei, nas quais não há lugar para a discricionariedade do juiz, porquanto o mesmo está obrigado a acolher a inversão do ônus da prova, quais sejam: (a) a previsão contida no art. 12, § 3º, que diz: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar..”; (b) da mesma forma, o contido no art. 14, § 3º, que prevê: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quanto provar..”, e (c) a regra insculpida no art. 38 que prevê: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Adverta-se ainda que, determinada a inversão do ônus da prova, a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, o fornecedor não satisfeito com tal medida deverá agravar de instrumento para reverter tal situação, pois não o fazendo, dar-se-á preclusão sobre a matéria.

#### 4.7.4 Notas conclusivas

A inversão do ônus da prova é instituto de direito eminentemente processual, através do qual o juiz, sentindo a vulnerabilidade da parte e intuindo que essa sua inferioridade terminará prejudicando suas expectativas processuais, no que diz respeito à prova do fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333), pode alterar as regras do embate probatório, transferindo para o réu a iniciativa, os encargos e a obrigação de demonstrar um fato jurídico do seu interesse e da própria causa. Em dadas circunstâncias, e especialmente nos casos de erro médico, a inversão acaba por se constituir na única alternativa para que o processo civil consiga atingir a sua função de revelar ao juiz a realidade fática que permitirá a expedição de uma sentença qualitativa e, tanto quanto possível, justa.<sup>56</sup>

Assim, podemos concluir que a efetiva proteção ao consumidor de serviços médicos encontra ressonância no princípio geral da vulnerabilidade que, em última análise, busca garantir o princípio da isonomia, dotando os mais fracos de instrumentos que se lhes permitam litigar em condições de igualdades pelos seus direitos, seguindo a máxima de que a democracia nas relações de consumo significa tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades, com o único fito de se atingir a tão almejada justiça social.<sup>57</sup>

Por fim, o que se espera é que a inversão do ônus da prova sirva ao processo socialmente justo, transformando-se em modelo de construção de sentenças que cicatrizem, pela reparação civil, as sequelas do erro médico comprovado, pela culpa, ou não explicado pela ciência, permitindo que se projete, nesses casos, a luz da justiça. A única chance de um doente inutilizado e miserável obter a de-

<sup>56</sup> Cf. Ênio Santarelli Zuliani in Responsabilidade civil do advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 21, p. 127.

<sup>57</sup> Cf. já frisamos na nossa obra *Dano moral nas relações de consumo*, p. 45.

vida reparação de danos por erro médico é, com a devida vênia, invertendo-se o ônus da prova.<sup>58</sup>

#### 4.8 Teoria da carga probatória dinâmica

A teoria da “carga probatória dinâmica ou compartilhada”, hoje muito em voga na Argentina, é aquela mediante a qual o juiz, em determinadas situações, pode fazer com que o sistema de atribuição do ônus da prova deixe de ser pétreo, para se tornar dinâmico. Significa dizer que o juiz pode aplicar a teoria das “cargas probatórias dinâmicas ou compartilhadas”, em cada caso concreto, determinando àquela das partes que possa melhor realizar a prova, com menos inconvenientes, ou seja, menos demora, humilhações e despesas, o dever de aportá-la aos autos.<sup>59</sup>

Tratando do tema, o sempre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior afirma, com base em Luiz Adorno, que o princípio da carga probatória dinâmica está lastreado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com lealdade e boa-fé, devem levar ao juiz o maior número de informações possíveis para a devida individualização do fato e para a melhor solução da causa. Dessa forma, incumbe às partes concorrer com os elementos de prova a seu alcance, para que se atinja tal desiderato. Assim, nas relações médico/paciente, a toda evidência, quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato é o médico, logo é seu dever processual levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento. Tocando ao médico o ônus de provar que agiu sem culpa, não se lhe atribui a produção de prova negativa, apenas se exige dele a demonstração de como fez o diagnóstico, de haver empregado conhecimentos e técnicas aceitáveis, haver ministrado ou indicado a medicação adequada, haver efetuado a operação que correspondia em forma adequada, enfim, haver controlado devidamente o paciente.<sup>60</sup>

Da mesma forma, embora referindo-se ao ônus da prova, o ilustre Carlos Roberto Gonçalves preleciona que a necessidade da vítima de provar a negligência ou a imperícia médica acaba por se constituir num verdadeiro tormento, sendo certo que, em casos tais, é o médico que dispõe das melhores condições para carrear aos autos, os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade, e ao fazê-lo nada mais faz do que valorizar a função do Judiciário na perseguição da verdade real.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Ênio Santarelli Zuliani. Responsabilidade civil fundada em erro médico in *ADCOAS Seleções Jurídicas*, v. 1, p. 18-19.

<sup>59</sup> TAPR – AC 0260223-5 – (223351) – São José dos Pinhais – 1ª C. Cív. – Rel. Juiz Marcos de Luca Fanchin – DJPR 03.12.2004.

<sup>60</sup> Responsabilidade civil do médico in *Revista Jurídica*, nº 231, p. 122.

<sup>61</sup> *Responsabilidade civil*, p. 362-363.

Antonio Jeová Santos, com a percuciência que lhe é peculiar, destaca que, no caso de comprovação de culpa médica, não se pode deixar, exclusivamente, sobre os ombros da vítima, toda a carga probatória. Ilustre magistrado paulista ainda faz uma advertência: o juiz não pode analisar a prova da culpa médica da mesma forma que o faz quando da averiguação da culpa de um motorista imprudente, pois, neste caso, há testemunhas confiáveis que podem relatar os fatos; marcas de frenagem que denotam a extensão da velocidade em que trafegava o veículo; fotografias com a demonstração da extensão dos danos, tudo a auxiliar o julgador no momento de efetuar um balanço probatório adequado a aferir se houve ou não culpa do motorista. Contrariamente, como aferir a culpa médica num ambiente sem testemunhas, em que o paciente, anestesiado, jamais poderá contribuir para esclarecer as manobras cirúrgicas feitas em seu corpo.<sup>62</sup>

Nesse passo, a jurisprudência brasileira já tem dado mostras de aceitação desta teoria e, conforme acórdão da relatoria do Desembargador Trindade dos Santos, considerando que a admissão da veracidade dos fatos, com base nos documentos exibidos, através do qual se pretendia provar uma relação obrigacional, justificava manter a decisão do juízo de primeiro grau que havia determinado a exibição, pelo réu, do instrumento contratual sobre o qual versava a demanda.<sup>63</sup>

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar também já decidiu que “*não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus [...]. Responsabilidade da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula*”.<sup>64</sup>

Por fim cabe uma advertência: Não se confunda o instituto em análise com “inversão do ônus da prova”. Pelo princípio da carga probatória dinâmica, há uma determinação do juízo para que se aporte aos autos a prova determinada, logo, não é lícito aquele que detém a prova negar-se ao cumprimento, tendo em vista ser necessária ao processo – há uma obrigação. Na inversão do ônus da prova, desloca-se o ônus para o réu, que poderá ou não desincumbir-se de tal mister – é uma faculdade.

No nosso sistema legal é possível a aplicação da teoria da carga dinâmica a partir de uma análise mais acurada do insculpido no art. 130 c/c art. 355 do Código de Processo Civil, de tal sorte a afirmar que o juiz poderá determinar, *ex officio* e incidentalmente, a exibição de coisa ou documento, especialmente se a prova dos fatos se encontrar à disposição do demandado ou de terceiro, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário à instrução do processo.<sup>65</sup>

Assim, determinado a exibição e havendo descumprimento da ordem judicial, o juiz fará expedir mandado de apreensão, requisitando, se necessário,

<sup>62</sup> Dano indenizável, p. 522.

<sup>63</sup> TJSC – AI 2005.013724-7 – São José – 2ª CDCom. – Rel. Des. Trindade dos Santos – j. 14.07.2005.

<sup>64</sup> STJ – REsp 69309/SC, 4ª T – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j.18.06.1996, DJ 26.08.1996, p. 29688.

<sup>65</sup> Assim também, Humberto Theodoro Junior in *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 479.

força policial, tudo sem prejuízo da responsabilização do omissor por crime de desobediência.

## 5 Produção antecipada de provas

Tratando-se de erro médico, o decurso do tempo pode vir a ser o maior aliado da irresponsabilidade médica. Em muitas situações, a não realização das provas em tempo hábil pode acabar por dificultar ou mesmo inviabilizar a prova da culpa do profissional ou mesmo sua isenção. Nestas circunstâncias, a ação de produção antecipada de provas (também chamada de *ad perpetum rei memoriam*) é medida cautelar que pode ser utilizada com o fim de resguardar a boa formação do processo, tendo em vista que a demora na colheita da prova no processo regular poderá inviabilizar o exato conhecimento dos fatos e, principalmente, os vestígios, indícios e sinais que o tempo poderá fazer por desaparecer.

Em muitas circunstâncias, os vestígios do erro médico, mesmo que extensos, tendem a desaparecer com o transcurso do tempo, seja em razão do próprio organismo do paciente que luta contra a anomalia, seja por conta de nova intervenção médica para corrigir o erro anterior. É o caso, por exemplo, de quem teve o infortúnio de necessitar amputar um membro atingido pelos efeitos de má circulação sanguínea prejudicada por equivocada colocação de gesso, ou mesmo por cirurgia malsucedida. A parte lesada não pode esperar o lento caminhar do processo para que se promova, na fase instrutória, a prova pericial apta a atestar o erro médico, pois a cirurgia de amputação não se realizando em tempo hábil estaria pondo em risco um bem maior, qual seja, a vida. Assim, a prova pericial antecipada é de ser realizada antes da submissão do paciente à indispensável amputação do membro lesionado.<sup>66</sup>

Diz o art. 846 da lei dos ritos que “a produção antecipada de prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”, e servem para a colheita da prova oral (inquirições *ad perpetuam rei memoriam*), compreendendo tanto o interrogatório da parte (depoimento pessoal), quanto a inquirição de testemunhas (prova testemunhal) e a realização de prova pericial.

As ações cautelares de produção antecipada de prova podem ser promovidas tanto por quem pretenda agir (autor da ação principal) como por quem queira se defender (réu da ação principal), desde que sejam demonstrados os requisitos necessários a qualquer propositura das cautelares, especialmente a existência de bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo na demora (*periculum in mora*), tendo em vista que não se obtém cautelar baseada simplesmente em meros caprichos ou infundados receios.

Esta cautelar, bem como as demais, pode ser promovida incidentalmente em processo que já esteja em andamento ou como medida autônoma, como ação pre-

<sup>66</sup> Fabrício Zamprogna Matielo. *Responsabilidade civil do médico*, p. 173-174.

paratória e, neste caso, competente será o mesmo juízo que deverá conhecer da ação principal. Nestas, não se aplica a exigência de propositura da ação principal no prazo de 30 dias (CPC, art. 806), tendo em vista seu caráter satisfativo, de tal sorte que mesmo proposta a ação principal fora daquele prazo, ainda assim a vitória, ou a inquirição, continuará útil e eficaz para servir ao processo de mérito, tendo em vista que a verdade é uma só e não mudará com o transcurso do tempo.<sup>67</sup>

## 6 Tutela antecipada

Sem querer adentrar ao debate doutrinário que cerca a questão das similitudes entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, tendo em vista que não é esse o objeto deste livro, devemos apenas fazer um alerta: não se há de confundir o instituto da tutela antecipada com as medidas cautelares. Anote-se que a principal diferença existente entre as duas medidas de urgência repousa no fato de que nas medidas cautelares o que se busca é assegurar uma pretensão, cujo mérito será discutido no processo principal, enquanto que na tutela antecipada, a busca é pela realização, de imediato, da pretensão buscada como solução definitiva no processo principal. Ou seja, a tutela antecipada visa ao adiantamento dos efeitos que somente seriam obtidos com a sentença final no processo em andamento, enquanto que a tutela cautelar visa tão somente à obtenção de uma certeza sobre o estado de um determinado bem, cujo mérito será discutido, eventualmente, em outro processo em andamento ou a ser proposto.

O instituto jurídico da tutela antecipada exige, para sua concessão, estejam presentes, além do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação ou, ainda, a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu (CPC, art. 273). Além disso, o juiz não poderá conceder a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório (CPC, art. 273, § 2º). Portanto, para a concessão da tutela antecipada, que é providência excepcional, devem, obrigatoriamente, concorrer todas as exigências impostas pelo art. 273 do Código de Processo Civil, cabendo à parte que a pleiteia a esmerada demonstração destes requisitos.

Denota-se desde logo uma dificuldade quase intransponível na antecipação da tutela nos casos de erros médicos – a prova inequívoca – que, neste caso, atua como um autêntico obstáculo legal à sua obtenção.<sup>68</sup> Rememore-se que nas questões envolvendo erro médico a prova da culpa do profissional é de difícil realização, como já deixamos assentado no início deste tópico. Assim, a antecipação não poderá ser concedida com base em simples alegações ou suspeitas, devendo

<sup>67</sup> Assim também Humberto Theodoro Junior. Ver *Processo cautelar*, p. 293.

<sup>68</sup> Cf. Miguel Kfoury Neto in *Culpa médica e ônus da prova*, p. 209.

apoiar-se em prova preexistente, que deverá ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.<sup>69</sup>

Quanto à verossimilhança, refere-se ao juízo de convencimento do magistrado em torno das circunstâncias fáticas e pelas provas do alegado pela parte que requerer a medida, tanto no que diz respeito ao direito subjetivo material, quanto ao perigo de dano irreparável, na eventual demora da concessão. Insere-se, portanto, dentro do poder discricionário e na possibilidade do livre convencimento do magistrado. É um juízo de probabilidade pelo qual o magistrado se convence, face as provas apresentadas, de que as alegações do litigante são verdadeiras. Este juízo de probabilidade não se satisfaz com meros indícios ou provas rarefeitas. É necessário que a parte ofereça, com a inicial, fortes elementos de prova da situação de fato que enseje a concessão da medida pleiteada.

No tocante à reversibilidade da medida, temos que as exigências contidas no supra citado parágrafo, se interpretadas ao pé da letra, inviabilizaria o instituto da antecipação da tutela principalmente porque, em regra, as vítimas de erros médicos ou seus familiares não ostentam condição econômico-financeira que lhes permita oferecer caução, por isso sua interpretação deve ser relativizada, cabendo ao juiz fazer a devida ponderação entre os bens jurídicos em conflito, optando pelo bem da vida mais importante.<sup>70</sup>

A exigência de caução como contracautela é ato da discricção do juiz, prestando-se à cobertura do risco de dano, caso vencido o autor, e ao réu, advierem prejuízos decorrentes da execução da tutela previamente deferida. Exsurge esta necessidade a partir do adiantamento do provimento jurisdicional final, seja ele deferido sob o manto da tutela antecipatória, porém, *“a exigência de prestação de caução de quem sequer tem meios para arcar com as custas do processo sem o prejuízo à própria subsistência constitui insuperável obstáculo para o exercício de um verossímil direito subjetivo violado”*.<sup>71</sup>

Neste mesmo sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Ministro Barros Monteiro que consignou: *“Assim, a exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada ‘cum grano salis’, comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento. Por isso, a regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”*.<sup>72</sup>

Cabe esclarecer, por fim, com o magistrado Reis Friede, que irreversível não é uma qualidade do provimento, tendo em vista que qualquer decisão judicial

<sup>69</sup> Cf. Humberto Theodoro Junior in *Processo de execução*, p. 412.

<sup>70</sup> Miguel Kfourri Neto. *Culpa médica e ônus da prova*, p. 209.

<sup>71</sup> TAPR – AI. 0279057-0 (234520) – Pinhais – 15ª C. Civ. – Rel. Juiz Anny Mary Kuss – DJPR 08.04.2005.

<sup>72</sup> REsp 408.828, DJU 02.05.2005, p. 354, in Theotonio Negrão. *Código de Processo Civil*, nota 20b ao art. 273, p. 387.

comporta decisão em sentido contrário, mas sim das consequências fáticas que do provimento resulta, tendo em vista que poderá ocorrer risco de não ser possível recolocar as coisas no *status quo ante*.<sup>73</sup>

Quanto ao momento da concessão, alguns doutrinadores<sup>74</sup> e parte da jurisprudência pátria têm se inclinado na direção de vedar a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* sob o argumento de ferir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com o que, com a devida vênia, não concordamos.

A antecipação da tutela *inaudita altera pars* não fere os princípios da ampla defesa e do contraditório porque a oportunidade de manifestação da parte contrária continua assegurada, havendo tão somente sua postergação, justificada pela presença de situação objetiva de perigo na demora, pressuposto indispensável à concessão do provimento jurisdicional. Ademais, a audiência prévia da parte contrária implica, necessariamente, em demora no andamento regular do processo que, a toda evidência, pode acarretar prejuízos irreparáveis à parte requerente.

Concorde com esse posicionamento, o então Ministro Edson Vidigal negou provimento a agravo no qual se pretendia a cassação de medida concessiva, entendendo que a antecipação de tutela, assim como as medidas liminares (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo de prévia oitiva da parte contrária.<sup>75</sup>

A tutela antecipada pode ser deferida a qualquer tempo, antes ou depois da resposta do réu, inclusive após o encerramento da instrução até o momento de ser proferida a sentença de mérito. Se a tutela é negada ou deferida no curso do processo, a impugnação deve se dar através do agravo de instrumento. Se concedida na sentença, o recurso cabível é a apelação em face do princípio da unicorribilidade. Assim, se a concessão se deu na prolação da sentença e a parte insatisfeita agravou, não há falar-se em princípio da fungibilidade dos recursos diante de erro processual grosseiro.

Independentemente das peculiaridades que cerca a execução contra a Fazenda Pública, entendemos ser perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada em questões envolvendo o Poder Público, desde que não haja a necessidade de expedição de precatório.<sup>76</sup> Necessário esclarecer que a execução por via do precatório judicial somente ocorre em relação às condenações ao pagamento de quantia certa. A execução das obrigações de fazer e de entregar coisa, obviamente, não se enquadra nesta sistemática. Nesse sentido tem deci-

<sup>73</sup> Tutela antecipada, p. 97.

<sup>74</sup> Nesse sentido ver Sergio Bermudes (*A reforma do Código de Processo Civil*) e Reis Friede (*Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*).

<sup>75</sup> STJ – AGRSLS 200401332124 – (18 RJ) – C. Esp. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 06.12.2004 – p. 170.

<sup>76</sup> Ver as exceções contidas na Lei n° 9.494, de 10 de setembro de 1997 (DOU 11.09.1997), que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

dido o Superior Tribunal de Justiça assentando que na hipótese envolvendo a saúde de pacientes, mostra-se cabível a concessão da tutela antecipada, por se tratar de direito fundamental, bem jurídico de extrema relevância.<sup>77</sup> É cabível, inclusive, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva quando tratar-se de obrigação de fazer.<sup>78</sup>

As dificuldades até aqui apontadas no que diz respeito à prova inequívoca, verossimilhança e reversibilidade aplicam-se com maior rigor quando envolve o médico, enquanto profissional liberal individualmente considerado, em face da necessidade de comprovação da culpa do profissional. Em se tratando do Poder Público de forma geral, de hospitais, clínicas, planos de saúde e laboratórios, cuja responsabilidade é objetiva, isto é, sem perquirição da culpa, a concessão da medida se impõe, não havendo justificativa para a sua preterição. A título de exemplo, imagine-se a hipótese do indivíduo que paga regularmente seu plano de saúde e, necessitando de internação hospitalar para tratamento de urgência, tem negada a internação. Neste caso, a antecipação da tutela é medida que se impõe, pois é a única possibilidade de sobrevivência para o demandante. Assim, se o magistrado for instado a escolher entre proteger o patrimônio da empresa responsável pelo plano de saúde e a vida do segurado, deverá optar por este último por estar tutelando o bem supremo da vida.<sup>79</sup>

Independentemente das dificuldades na realização das provas até aqui apontadas, devemos destacar que em diversas situações é possível identificar com clareza a culpa *stricto sensu*, como decorrência de manifesta negligência, imperícia ou imprudência. À guisa de exemplo transcrevemos algumas situações em que a culpa do médico poderá ser evidenciada *prima facie* permitindo, mais facilmente, a obtenção da antecipação da tutela.<sup>80</sup>

- a) Esquecimento de objetos no corpo da vítima, após a realização de determinado procedimento cirúrgico.
- b) A amputação ou remoção de parte saudável do organismo, em evidente equívoco.
- c) Queimaduras por lâmpada ou instrumentos, tais como o bisturi elétrico.

<sup>77</sup> (REsp nº 445.535/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 07.04.2003, p. 240; REsp nº 435.999/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 286. IV – Agravo regimental improvido; AGRESP 200500101382 – (719636 SC) – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 07.11.2005 – p. 119).

<sup>78</sup> Nesse sentido, jurisprudência do STJ (AGRG no AG 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AGRG no REsp 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AGRG no REsp 718011/TO, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005).

<sup>79</sup> Cf. Rui Stoco in *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1083.

<sup>80</sup> Cf. Miguel Kfoury Neto in *Responsabilidade civil do médico*, p. 73-75; ver também *Culpa médica e ônus da prova*, p. 211.

- d) Realização de cirurgia eletiva de alta complexidade, sem que o profissional ostente a correspondente qualificação para tal.
- e) Comprovação de erro de diagnóstico em face de equivocada análise do resultado de exames laboratoriais ou radiográficos.
- f) Lesões cranianas à criança cujo parto foi realizado com o auxílio de fórceps.
- g) Morte do recém-nascido, por falta de oxigenação no cérebro, como decorrência do atraso na realização do parto.
- h) Cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo se encarrega de anestesiá-lo, provocando sua morte por parada cardíaca.
- i) Médico que realiza em 30 minutos uma cirurgia que normalmente demandaria uma hora ou mais, acarretando, com seu açoitamento, dano ao paciente.
- j) Médico que libera o acidentado, quando deveria mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subsequente morte.
- k) Utilização de técnica operatória nova e arriscada, “sem comprovada eficiência”, que venha a provocar lesão ou morte ao paciente.
- l) Utilização de bisturi sem a devida esterilização.

Registre-se por fim que, enquanto não exaurido seu mister jurisdicional, pode o juiz, a qualquer tempo, modificar ou revogar a antecipação de tutela, mormente se ampliada a cognição, venha aos autos elementos novos que afaste a verossimilhança do alegado pelo autor da ação.

## 7 Valor da causa e sucumbência

Questão das mais controvertidas é aquela que diz respeito à fixação do valor da causa nas ações que visem indenizações por danos morais, até porque, diferentemente das ações que visam ressarcimento por danos materiais, quase sempre é impossível quantificar o valor pecuniário a que possa corresponder à dor, ao sofrimento, à molestação do espírito, à agressão ao bom nome e a honradez, dentre outros, e tendo em vista não existir critérios fixos para a sua determinação, o que é salutar a nosso sentir.

Independentemente de dificuldades na determinação do valor da causa, este é um dos requisitos exigidos para regularidade da petição inicial e deverá ser atendido pelo autor na propositura da ação indenizatória por danos morais (CPC, art. 282). Ademais, estabelece o Código de Processo Civil que a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato (art. 258). Assim, a regra é que a toda ação, incluindo a reconvenção, a opo-

sição e os embargos de terceiros, deverá ser atribuído um valor da causa, ainda que o bem da vida buscado no processo não tenha nenhum significado econômico, sob pena de indeferimento da petição inicial.

O valor da causa deve corresponder, tanto quanto possível, ao conteúdo econômico da pretensão do autor, isto é, deverá ser representativo do benefício pretendido pela parte através da prestação jurisdicional. Nesse aspecto, o próprio estatuto processual fornece alguns critérios quanto à determinação do valor da causa, que estão insculpidos no art. 259, quais são: “(I) – na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação; (II) – havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; (III) – sendo alternativos os pedidos, o de maior valor; (IV) – se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal; (V) – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato; (VI) – na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor; (VII) – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.”

Esse conjunto de critérios é complementado pelo que consta no art. 260, ao especificar que quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras, sendo que o valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

Ocorre que em muitas situações não há como estabelecer de imediato o conteúdo econômico pretendido na lide, fazendo exsurgir a possibilidade de fixação do valor da causa através de estimativa do autor, nos moldes do art. 258 do Código de Processo Civil, sendo certo que eventual correção ou majoração do *quantum* poderá ser feita na sentença ou na fase liquidatória.

De outro lado, a regra geral determinada pelo nosso estatuto processual é de que o pedido deva ser certo ou determinado, porém por exceção admite ser lícito ao autor formular pedido genérico, principalmente se não for possível determinar de modo definitivo as consequências do ato ou fato ilícito (art. 286, 2ª parte e inciso II).

Importante não confundir o valor estimatório para efeitos de valor da causa com o pedido indenizatório por danos morais. É perfeitamente possível o autor estimar um valor para a causa, tão somente para efeitos de recolhimentos de custas, sem com isso significar dizer que seja esse o valor pretendido como indenização. Nesta circunstância, o valor da causa terá aparência de pedido certo, mas não o será, já que a certeza somente virá com o provimento final a ser dado pelo juiz da causa. Nesta circunstância, se o juiz julgar procedente a ação, poderá atribuir um valor condenatório inferior ou superior ao estimado pelo autor para efeitos do valor da causa, não se podendo falar em sucumbência recíproca, na eventualidade de valor atribuído a menor porque, a rigor, o pedido foi julgado

procedente. O valor final da condenação será também referência para a fixação dos honorários advocatícios.

Quer dizer: mesmo que o autor faça pedido certo e determinado no que diz respeito à condenação por danos morais, este será considerado meramente estimatório e o juiz não ficará adstrito ao valor requerido, podendo condenar o réu em valor maior ou menor, segundo o seu livre arbítrio, não se podendo falar em julgamento *extra petita*. Nesse sentido, existe remansosa jurisprudência tanto nos tribunais estaduais quanto nos superiores entendendo que a mensuração do valor do ressarcimento, nas indenizações por dano morais, tem-se que a postulação contida na exordial é feita em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.<sup>81</sup>

Independentemente desse permissivo, defendemos que o pedido deva ser sempre genérico, deixando ao juiz a incumbência de fixar livremente o valor indenizatório, se reconhecer como procedente a ação. Assim, o valor que será atribuído à causa será um valor simbólico, tão somente para atender à determinação legal. Nesse caso, a certeza do valor indenizatório somente será aferido com a sentença final que julgue procedente a ação, cabendo ao juiz, nesse momento, fixar o valor das custas adicionais a ser recolhida como também fixar o valor dos honorários advocatício com base no valor total da condenação e não no valor atribuído à causa.

Essa é a postura mais consentânea com a atual realidade, tendo em vista acreditarmos que sendo o pedido genérico, realça a possibilidade de o juiz, livremente, avaliar todos os aspectos que envolveram os contendores, sopesando o grau de dolo ou culpa do infrator, os atos praticados pelo lesante para minorar o sofrimento da vítima, o poderio econômico das partes envolvidas, a posição social e política da vítima e do ofensor, enfim, as peculiaridades de cada caso e, assim, da coleta das informações no curso do deslinde da demanda, aplicar uma condenação que prime, de um lado pela prudência e de outro pela severidade, de tal sorte a inculcar respeito ao ofendido e a demonstrar ao ofensor que tal procedimento não é aceito impunemente pela sociedade.

Advirta-se que existem defensores de posicionamento em contrário, sendo possível encontrar aqueles que defendem que o pedido de condenação por dano moral deva ser sempre certo e determinado. Nesse sentido, proliferam decisões no Judiciário, determinando ao autor que fixe um valor certo e determinado como pretensão de indenização por danos morais, recolhendo-se as custas sobre tal montante. Alguns argumentam que a não fixação de um valor determinado compromete ou dificulta a defesa da parte contrária. Outros afirmam que a pessoa mais adequada para quantificar o valor que seria necessário para lhe proporcionar satisfações, em virtude de um dano sofrido, seria o próprio autor da ação.

<sup>81</sup> STJ – REsp 330695 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 04.02.2002 – p. 395.

Há ainda aqueles que afirmam que o pedido genérico por danos morais não estaria contemplado entre as exceções do art. 286, II, do Código de Processo Civil.

Com a devida vênia, não podemos concordar com tais argumentos. Continuamos defendendo a tese de que o autor não quantifique o valor pretendido, requerendo ao juiz que arbitre livremente um valor a título de indenização por dano moral, na eventualidade de reconhecer procedente o pedido. Assim, o valor que se atribuirá à causa será meramente para efeitos legais, podendo ser estimado em qualquer valor.

Importante registrar que a tese majoritária, inclusive por orientação sumulada do Superior Tribunal de Justiça,<sup>82</sup> é pela aceitação de que o pedido, feito na inicial de indenização por danos morais, tem caráter meramente estimativo de valor, não havendo de se cogitar da aplicação de sucumbência recíproca para os casos em que o juiz condene o ofensor em valor menor que o pleiteado na exordial. Temos que esta é a posição mais consentânea com os altos objetivos da defesa da dignidade humana, insculpidos nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, porquanto exigir-se do ofendido que quantifique sua própria dor é a nosso sentir, aviltar a dignidade humana, já que os valores que a compõem são insusceptíveis de valoração pecuniária.

Em conclusão e conforme já externamos em outras ocasiões,<sup>83</sup> somos plenamente favoráveis a tese de que a fixação do *quantum* indenizatório nas ações por danos morais seja definido segundo a máxima do livre e prudente arbítrio do juiz e, em sendo assim, o pedido na petição inicial pode e deve ser ilíquido, e o valor da causa estimado livremente pelo autor tão-somente para o fim de atender a disposição legal.

## 8 Prescrição

O instituto da prescrição está diretamente associado à necessidade de se estabelecer segurança nas relações jurídicas. Visa evitar a possibilidade de eternização das demandas.

Violado um direito, nasce para o ofendido a possibilidade de postular a proteção jurisdicional do Estado, porém em nome da pacificação social, não se pode admitir que o exercício desse direito fique sem encontrar uma solução final em um determinado lapso de tempo.

A prescrição pode ser alegada em qualquer juízo ou grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita, por simples petição e, por se tratar de questão prejudicial de mérito, deve ser apreciada em primeiro lugar dentre as matérias submetidas ao conhecimento judicial.

<sup>82</sup> STJ – Súmula nº 326: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (DJU 7.6.2006).

<sup>83</sup> Ver nossa obra *Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do quantum*, p. 217 ss.

Nesse sentido, é importante destacar que até recentemente era vedado ao magistrado conhecer a prescrição *ex officio*. Recente mudança legislativa deu nova redação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, autorizando o magistrado pronunciar de ofício a prescrição, permitindo-lhe o indeferimento liminar da petição inicial (art. 295, § IV), com julgamento de mérito (art. 269, IV), o que é salutar a nosso ver. Além disso, e para evitar colisão, revogou expressamente o art. 194 do Código Civil.<sup>84</sup>

Nas ações que visam indenização por erro médico, seja contra o Estado, seja contra os particulares, o prazo prescricional será de cinco anos, vejamos: tratando-se de ação dirigida contra a Fazenda Pública, a prescrição será aquela regulada no Decreto nº 20.910/32;<sup>85</sup> já com relação aos particulares, tendo em vista tratar-se de relação de consumo, o prazo prescricional a ser aplicado será aquele disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 27).<sup>86</sup> Cabe ainda alertar que, se o acidente que se busca indenizar ocorreu na vigência do Código Civil de 1916, deverá ser aplicado o prazo prescricional de 20 anos (art. 177), atentando-se para a regra de transição contida no art. 2.028 do Código Civil de 2002. Advirta-se, contudo, que, em ambos os casos, a prescrição não corre contra o incapaz (Código Civil, art. 198, I).

Alguns doutrinadores defendem a aplicação do prazo de três anos previsto no Código Civil de 2002 (art. 206, § 3º, V), para a reparação civil. Ocorre que em face do princípio da especialidade das normas, o prazo prescricional deve ser o de cinco anos, porquanto o disposto na Lei nº 8.078/90, que é especial, prevalece sobre o geral do art. 206 do *Civile Codex*, tendo em vista que não pode lei geral derrogar lei de caráter especial, quando esta trata especificadamente de determinada matéria.

Outro aspecto importante a ser observado é saber quando se inicia a contagem do prazo prescricional. Para se iniciar a contagem do prazo prescricional nos casos de indenização em razão de dano causado por suposto erro médico, deve-se levar em conta a data da constatação, pela vítima, da inviabilidade de se reverter a lesão, uma vez que antes de se conhecer essa circunstância, a lesado não teria, a rigor, interesse de agir. Além disso, é preciso que o ofendido tenha conhecimento do autor do dano. Assim, é da conjugação desses dois elementos que se demarcará o termo inicial para a contagem do lapso temporal extintivo do direito de ação, nos termos do art. 27 do estatuto consumerista.

<sup>84</sup> Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.

<sup>85</sup> Decreto nº 20.910/32: Art. 1º “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”

<sup>86</sup> Lei nº 8.078/90: Art. 27. “Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

## 9 Jurisprudência

### 9.1 *Legitimidade*

**AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – FALECIMENTO DO PACIENTE – PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA – AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.** 1– Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional. 2 – Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico. 3 – A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 4 – Recurso improvido (STJ – AgRg-REsp 1.037.348 – (2008/0050843-8) – 3ª T. – Rel. Min. Massami Uyeda – *DJe* 17.08.2011 – p. 724).

**CIVIL E PROCESSUAL – RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.** I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, RESP 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 17/12/2008). II. Recurso Especial não conhecido (STJ – REsp 764.001; Proc. 2005/0108623-0; PR; Quarta Turma; Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior; Julg. 04.02.2010; *DJE* 15.03.2010).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – HOSPITAL – ATENDIMENTO PELO SUS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO.** Em princípio, tratando-se de atendimento pelo Sistema Único de Saúde, em que a gestão é compartilhada, cabe tanto ao Estado quanto ao Município, controlar e fiscalizar os procedimentos efetuados por entidades privadas nas ações e serviços de saúde, motivo pelo qual devem eles ser mantidos no polo passivo até o julgamento definitivo da ação. Agravo de Instrumento Provido (TJRS – AI 70042651588 – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig – j. 25.08.2011).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL – OCORRÊNCIA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO**

**COM O MÉDICO – INEXISTÊNCIA.** O hospital no qual foi realizada a intervenção cirúrgica que acarretou as sequelas ensejadoras dos danos morais e materiais é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de indenização. Não há falar-se em litisconsórcio passivo necessário entre o nosocômio e o médico, porquanto a inclusão deste na lide constitui faculdade da parte autora (TJ-MG – AGIN 2377581-94.2008.8.13.0024 – Belo Horizonte – Décima Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Antônio Bispo – (j. 04.08.2010 – DJEMG 09.09.2010).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – HOSPITAL – ERRO MÉDICO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA VINCULAÇÃO OU NÃO DO MÉDICO COM O NOSOCÔMIO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – RECURSO PROVIDO.** A vinculação ou não do médico com o hospital não pode ser avaliada sem que ocorra a respectiva produção de provas após o despacho saneador, não podendo o magistrado singular, neste momento simplesmente afastar do polo passivo o hospital baseando-se tão somente em declarações unilaterais deste como razões de sua fundamentação (TJPR – AI 374720-0 (Ac. 4595) – Foz do Iguaçu – Nona Câmara Cível – Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto – j. 15.03.2007 – DJPR 30.03.2007).

**PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA GENITORA – REJEITADA – AMPUTAÇÃO DE DEDOS DA CRIANÇA – NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL PATENTE – COMPENSAÇÃO HONORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – DECADÊNCIA DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – RECURSO DESPROVIDO.**  
 1. A genitora da menor possui não apenas legitimidade para ajuizar a presente ação de indenização por danos morais e materiais, mas interesse pois objetiva reparar dano sofrido a sua filha, com visível abalo e repercussão no seio familiar. Como genitora da menor teve seu sofrimento e dor agravados, quando constatado os danos ocasionados a menor. Independe de qualquer prova pois são inerentes a maternidade. 2. Para que exista o dever de indenizar mister se faz buscar o nexo de causalidade entre o dano e a ação. O dano está mais que claro com a amputação de dois dedos da mão direita da menor. A negligência por parte do hospital restou patente. Os danos morais experimentados pelas apeladas são indiscutíveis, pois as sequelas do acidente ocasionaram não apenas dor física, mas também abalo emocional. 3. No caso de decadência da parte mínima do pedido, o outro litigante responde por inteiro pelas despesas processuais, conforme parágrafo único do artigo 21 do CPC (TJES – AC 035990125284 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Elpídio José Duque – j. 05.06.2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, DECORRENTES DO FALECIMENTO DA ESPOSA E MÃE DO AUTORES, VÍTIMA DE ALEGADO ERRO MÉDICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM CORRETAMENTE REJEITADA PELO DECISUM.** Conjunto probatório dos autos do qual se extrai ter o óbito da paciente resultado de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador, restando caracterizado ter o médico (2º réu) suturado o cateter na estrutura cardíaca da paciente durante a intervenção cirúrgica realizada no estabelecimento do 1º réu. Culpa, dano e nexo de causalidade comprovados. Hospital-réu que, na qualidade de fornecedor de serviços, não logrou fazer prova de qualquer

excludente de responsabilidade, a teor da regra do artigo 14, § 3º da Lei Consumerista, e do qual não se exonerou a contento. Obrigação de indenizar caracterizada. Danos materiais demonstrados. Pensionamento corretamente arbitrado com base nos ganhos comprovados através da CTPS da vítima. Danos morais configurados. Quantificação dotada de razoabilidade e proporcionalidade, diante das circunstâncias do caso concreto. Correção monetária incidente, no caso de condenação em danos materiais, a partir do evento danoso, e, em relação à verba indenizatória de dano moral deve fluir do julgado que a fixou. Juros de mora contados da citação, por versar a hipótese ilícito contratual. Verba honorária que se minora, observados os parâmetros legais. Sentença reformada, em parte. Provimento parcial dos recursos dos réus e desprovimento do recurso dos autores (TJRJ – AC 2007.001.00047 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Maria Ines da Penha Gaspar – j. 14.02.2007).

**AGRAVO RETIDO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO DECORRENTE DE FATO DO SERVIÇO – ART. 14 DO CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER DAS EXCLUDENTES ADMISSÍVEIS – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – VALOR RAZOÁVEL – PENSIONAMENTO MENSAL – AUSÊNCIA DE PROVA DE INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL.** O fato do médico não ter vínculo empregatício com o hospital não repercute na identificação de sua responsabilidade, eis que o hospital fornece ao paciente-usuário, além do espaço físico, o pessoal assistente, enfermeiros, medicamentos, exames, alimentação e outros recursos. A responsabilidade do hospital, por fato danoso decorrente dos serviços prestados, é de caráter objetivo, apenas podendo ser afastada se ele comprovar ter havido culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou que o serviço não apresentou defeito, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078/90. Na fixação do dano moral, devem-se avaliar as circunstâncias do caso específico, analisando a extensão do dano, a intensidade da culpa do causador do prejuízo, as condições sociais e econômicas das partes, o caráter educativo da sanção, não devendo ser irrisória a ponto de não reparar o mal causado e nem vultosa para não ensejar enriquecimento ilícito, impondo-se a manutenção da verba fixada a este título. Não tendo a autora comprovado a invalidez permanente parcial ou total, improcede o pleito de pensão na forma pleiteada na inicial. Recurso de Agravo Retido não provido e Recurso de Apelação provido em parte (TJMT – RAC 19802/2006 – Primavera do Leste – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. José Luiz Leite Lindote – j. 16.05.2007).

## 9.2 *Solidariedade*

**CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ERRO MÉDICO – AÇÃO PROPOSTA CONTRA O HOSPITAL – RELAÇÃO DE CONSUMO – SOLIDARIEDADE PASSIVA – DENUNCIAÇÃO À LIDE DO MÉDICO QUE REALIZOU O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA.** 1– Em face da responsabilidade solidária que impera sobre as relações de consumo (art. 14, CDC), o consumidor lesado tem o direito de escolher livremente contra quem exercerá sua pretensão. 2 – Nos termos do que dispõe o art. 88

do CDC – Aplicável, por analogia, a todos os casos de responsabilidade solidária previstos na legislação consumerista – É vedada a denunciação da lide, ressalvado o direito de regresso, evitando-se, assim, a demora na entrega da prestação jurisdicional a partir da invocação de uma causa de pedir distinta. Agravo de instrumento desprovido (TJ-DF – Rec. 2010.00.2.005004-0 – Ac. 456.040 – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Angelo Passareli – *DJDFTE* 25/10/2010 – p. 205).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – PLANO DE SAÚDE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – RESPONSABILIDADE CONCORRENTE – HOSPITAL NÃO CONVENIADO – CIRURGIA DE URGÊNCIA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – POSSIBILIDADE – DÚVIDAS NÃO MAIS PERSISTEM SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE PELOS ATOS PRATICADOS PELOS MÉDICOS E HOSPITAIS CREDENCIADOS, JÁ QUE AO PACIENTE-CONSUMIDOR NÃO É FACULTADA A ESCOLHA.** Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva. Tem a operadora do plano responsabilidade civil por ato de profissional que elegeu para prestar o serviço em seu nome, já que emite um aval de qualidade do serviço a ser prestado, certificando, assim, a sua excelência. Comprovado o dano médico e o dever de repará-lo, a alegação de que a escolha feita pela autora de um outro hospital, não conveniado, eximiria a ré da responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados, também não encontra respaldo na prova produzida. O pagamento, ou reembolso, de despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado é admitido em casos especiais, como, por exemplo, a urgência da internação. Demonstrada a necessidade de atendimento em rede hospitalar não credenciada, o que motivou, aliás, a antecipação dos efeitos da tutela, por acertada se tem a decisão concessiva, que, inclusive, limitou a sua extensão as despesas decorrentes da internação e cirurgia indicadas na inicial. Recurso improvido (TJRJ – AC 2006.001.66590 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Maldonado de Carvalho – j. 06.03.2007).

**INDENIZAÇÃO DANO MORAL – MORTE – PACIENTE – CIRURGIA PLÁSTICA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – HOSPITAL – IMPROCEDÊNCIA – DANO MATERIAL – INEXISTÊNCIA – ESPECIFICAÇÃO – VALOR – FUNERAL – TRATAMENTO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS.** 1. A produção de provas tem como escopo o carreamento de subsídios que possam sustentar o ato decisório do juiz que, pelo princípio do livre convencimento motivado, tem o dever de fundamentar sua decisão com elementos de fato e de direito. 2. Os hospitais, clínicas e casas de saúde devem garantir o fornecimento de um serviço sem defeito. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviço, enquadrando-se no art. 14 do CDC, portanto, respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes. Ocorrendo, pois, um acidente de consumo causado por médico, o fornecedor deve responder de forma solidária pelo simples fato de ter lançado no mercado um serviço defeituoso. 3. Na fixação do valor da quantia a ser paga a título de reparação por dano moral, deve-se levar em consideração tanto a repercussão do dano quanto a possibilidade econômica do devedor. 4. Impende ao juiz julgar improcedente o pedido do demandante, quando,

sendo possível fixar no momento da propositura da demanda a extensão do dano sofrido à título de despesas referentes ao funeral e luto, prefere formular pedido genérico. Pode-se dizer, ainda que a inexistência configuração do chamado fato novo é motivo pelo qual o valor perseguido não pode ser apurado em liquidação de sentença. 5. A pretensão de reembolso das despesas havidas com o tratamento da paciente não merece prosperar quando o pedido, além de carecer da falta de especificação estiver subordinado a evento futuro e incerto. 6. Recursos conhecidos. Improvido o apelo das autoras e parcialmente provido o do réu (TJDF – AC 2003.01.1.030804-5 (Ac. 279648) – Segunda Turma Cível – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Nilsoni de Freitas – DJU 11.09.2007, p. 125).

**DANO MORAL – ERRO MÉDICO – CUMULAÇÃO COM DANO MATERIAL – CIRURGIA DE HISTERECTOMIA.** Perda do rim. Nexo causal comprovado. Solidariedade entre médico e hospital. Reconhecimento. Indenização devida, porém reduzida. Recurso parcialmente provido (TJSP – APL 200.950-4/8-00 – São José dos Campos – Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia – j. 16.03.2006).

**INDENIZATÓRIA – ESQUECIMENTO DE COMPRESSA NO INTERIOR DO CORPO DO PACIENTE – INOBSERVÂNCIA DO CUIDADO NECESSÁRIO – PARTICIPAÇÃO DA EQUIPE DE ENFERMAGEM NO EPISÓDIO.** Hospital em que ocorreu a cirurgia forneceu funcionários de enfermagem, portanto é obrigado solidário. Ausência de cerceamento de defesa, pois a prova documental é suficiente para o julgamento. Danos materiais demonstrados de modo efetivo. Indenização por danos morais se apresenta equilibrada e compatível com o sofrimento físico e psíquico da paciente, sendo que os réus têm capacidade financeira para suportar a condenação. Apelo da autora provido em parte. Recurso do réu desprovido (TJSP – AC 315.212-4/4 – Campinas – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda – j. 09.06.2005).

**ERRO MÉDICO E DO HOSPITAL – SOLIDARIEDADE – PERFURAÇÃO DE ESÔFAGO.** Tanto os médicos como o hospital podem responder solidariamente por danos decorrentes de erro na prestação de serviços médicos. O estabelecimento hospitalar responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços médicos, independente de culpa de seu preposto. Todavia, ainda assim, o Autor conseguiu demonstrar que o médico que procedeu ao primeiro ato cirúrgico agiu com culpa em sentido estrito, informada pela negligência e imperícia, pois, diante da revelia, presumem-se verdadeiros os fatos narrados na inicial. Dessa forma, comprovada a negligência e a imperícia no atendimento médico prestado ao Autor, bem como o dano efetivo que dele resultou, impõe-se o ressarcimento indenizatório. A pensão mensal é de natureza alimentar, devendo ser arbitrada segundo as necessidades da vítima e a capacidade econômica do causador do dano (TJ-DF – Ac. unân. da 1<sup>a</sup> T. Cív – Ap. 2000.01.1026188-2 – Rel. Des. José Divino de Oliveira – publ. em 30.04.2003 – COAD – v. 02, p. 100).

### 9.3 Competência

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – FORO COMPETENTE – APLICAÇÃO**

**DO ART. 101 INCISO I DO CDC – AÇÃO QUE SE PROCESSA NO DOMICÍLIO DO AUTOR.** Decisão que reconheceu competência agravo de instrumento decidido monocraticamente – Art. 557 do CPC – Recurso – Nega seguimento (TJ-PR – Ag Instr 0581493-3 – Curitiba – Nona Câmara Cível – Rel. Juiz Conv. Sérgio Luiz Patitucci – DJPR 14.08.2009 – p. 374).

**COMPETÊNCIA – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – RELAÇÃO DE CONSUMO – OPÇÃO DO AUTOR POR PROPOR A AÇÃO NO FORO DE SEU DOMICÍLIO (ART. 100, I, DO CDC) – PREVALÊNCIA DESSA REGRA SOBRE A DO CPC (ART. 100, V, “A”) – PROPOSITURA NO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR.** Decisão que acolhe exceção de incompetência e determina o deslocamento para o foro da sede do réu. Reforma (TJSP – AI 377.744-4/5-00 – Cardoso – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. João Carlos Saletti – j. 21.06.2005).

**COMPETÊNCIA – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 101, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Prevalência sobre o artigo 100, V, “a”, do Código de Processo Civil, ainda que a responsabilidade do profissional liberal possa depender da prova de sua culpa – Consideração, também, da regra do artigo 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com fastígio nas ações de reparação de dano por delito, seja este de natureza civil ou penal – Competência admitida do foro do domicílio dos autores – Recurso provido (TJSP – AI 320.681-4/5-00 – Teodoro Sampaio – 10ª CDPriv. – Rel. Des. Quaglia Barbosa – j. 18.11.2003).

**COMPETÊNCIA – EXCEÇÃO DECLINATÓRIA DE FORO – ARGUIÇÃO DESACOLHIDA – LEGALIDADE.** Excipiente, profissional liberal prestadora de serviços odontológicos, que figura como ré em ação de reparação de danos. Relação de consumo decorrente do intercâmbio contratual entre o paciente e o dentista. Possibilidade do ajuizamento da ação no domicílio do autor. Exegese do artigo 101, inciso I, da Lei nº 8.078/90. Recurso desprovido (TJSP – AI 207.076-4/0 – 7ª CDPriv. – Rel. Des. Júlio Vidal – j. 10.10.2001).

#### **9.4 Proibição de denúncia da lide**

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR – ERRO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DENÚNCIAÇÃO DA LIDE – FACULTATIVA.** 1– Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar. 2 – Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 3 – Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. 4 – Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC,

devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo. 5 – Recurso especial provido em parte (STJ – d 1.187.456 – (2010/0033058-5) – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – *DJe* 01.12.2010 – p. 1561).

**RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOSPITAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ARTIGO 70, III, DO CPC – PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL – RECURSO DESPROVIDO.** O hospital que disponibiliza seus serviços ao paciente tem responsabilidade objetiva por danos resultantes de suposto erro médico ali ocorrido. Na hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos na prestação do serviço, inviabilizada a denúncia da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional (TJ-MT – AI 40240/2010 – Lucas do Rio Verde – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges – j. 23.06.2010 – *DJMT* 07.07.2010 – p. 49).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA CONTRA HOSPITAL – CIRURGIA PARA A RETIRADA DE ÚTERO – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO NA APLICAÇÃO DA ANESTESIA – SEQUELAS NA AUTORA – DEFESA DO HOSPITAL DIZENDO QUE A RESPONSABILIDADE É DA EMPRESA CONVENIADA AO PLANO DE SAÚDE DA AUTORA QUE PRESTOU O SERVIÇO DE ANESTESIA E DAS MÉDICAS ANESTESISTAS QUE TRABALHARAM DURANTE A CIRURGIA – PEDIDO DO RÉU PARA QUE TAIS PESSOAS SEJAM INCLUÍDAS NO POLO PASSIVO DA AÇÃO – DESPACHO SANEADOR – INDEFERIMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO INSISTINDO NO DEFERIMENTO – IMPROVIMENTO.** 1. Como é objetiva a responsabilidade do hospital pelo alegado erro médico, o que dispensa discussão sobre a ocorrência de dolo ou culpa, o juiz pode indeferir a intervenção de terceiro, requerida pelo réu, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. Esse indeferimento não causa qualquer prejuízo às partes, porque se o hospital ficar vencido na demanda, em face da responsabilidade objetiva, poderá propor ação autônoma de regresso nos mesmos autos da ação originária contra os responsáveis pela prestação do serviço de anestesia, ocasião em que deverá provar o dolo ou a culpa dos mesmos. 2. Recurso conhecido e desprovido para manter a decisão interlocutória proferida no despacho saneador que indeferiu o pedido de intervenção de terceiro, mas deferiu o de inversão do ônus da prova e de produção de prova pericial e testemunhal e determinou a designação de audiência de conciliação (TJDFT – AGI 20040020079582 – (250317) – Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati – *DJU* 17.08.2006 – p. 74).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PLEITO FORMULADO POR PACIENTE EM DESFAVOR DO HOSPITAL – DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO LABORATÓRIO E DO MÉDICO QUE EFETUOU A CIRURGIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DOS ARTS. 14 E 88 DO CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR PELO SERVIÇO PRESTADO – VEDAÇÃO EXPRESSA AO ACOLHIMENTO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – PROTEÇÃO AO INTERESSE DO HIPOSSUFICIENTE – DIREITO DE REGRESSO**

**COGNOSCÍVEL EM AÇÃO AUTÔNOMA – PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.** A legislação consumerista, além de estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, afasta a incidência da denunciação da lide, ressaltando o exercício autônomo do direito de ação por aquele que arcar com o valor da indenização. Indefere-se, pois, a intervenção de terceiros, máxime porque a existência de um eventual direito de regresso, a produção de prova a ele pertinente e o seu processamento na lide secundária não podem vir em desfavor da parte hipossuficiente – O consumidor –, que sofreria os nefastos efeitos da mora processual (TJSC – AI 2005.013364-1 – Herval do Oeste – 3ª CDCiv. – Rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil – j. 26.08.2005).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR – RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – ERRO MÉDICO – C. DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – DESCABIMENTO – GARANTIA CONTRATUAL – INOCORRÊNCIA – DIREITO DE REGRESSO – AÇÕES AUTÔNOMAS – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS – ERRO MÉDICO – AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTABELECIMENTO HOSPITALAR E O PROFISSIONAL – FUNDAMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DENUNCIAÇÃO DA LIDE FORMULADA PELO SEGUNDO CORRÉU EM FACE DO PRIMEIRO – RELAÇÃO JURÍDICA DE GARANTIA DECORRENTE DE LEI OU CONTRATO – INEXISTÊNCIA ENTRE AMBOS – PRETENSÃO DE ATRIBUIR RESPONSABILIDADE AO DENUNCIADO – ENQUADRAMENTO DA HIPÓTESE NO INC. III, DO ART. 70 DO CPC – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.** Cuidando-se de ação de reparação de danos, em virtude de erro médico, movida contra o estabelecimento hospitalar e o profissional médico, cujo pleito, buscando a responsabilização de ambos, está fundamentado em relação de consumo, descabe ao referido profissional, como segundo corréu, postular a denunciação da lide ao primeiro corréu, sobretudo porque, nas ações da espécie, que se ligam ao fato do produto ou serviço, é vedada a instauração dessa lide secundária, consoante o disposto no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, facultado, o ajuizamento da ação de regresso, através de procedimento autônomo, nos próprios autos, se procedente a ação principal e originária e igualmente desfavorável ao corréu denunciante, com invocação distinta de causa de pedir. De outro lado, verificando-se ainda que o corréu denunciante, na realidade, pretende atribuir a responsabilidade do fato discutido exclusivamente ao outro corréu denunciado, tem-se por afastado o enquadramento da hipótese no inciso III, do artigo 70 do CPC, quando não se observa a existência de relação jurídica de garantia e regressiva do denunciante para com o denunciado, decorrente de Lei ou contrato, em razão do que também inadmissível se mostra a denunciação da lide (TJ-RJ – AI 1941/2000 – Rio de Janeiro – Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte – j. 19.09.2000).

## **9.5 Provas**

**PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO – JUIZ QUE DETERMINA A BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL – RECUR-**

**SO ESPECIAL NÃO PROVIDO.** 1. O artigo 130 do CPC permite ao julgador, em qualquer fase do processo, ainda que em sede de julgamento da apelação no âmbito do Tribunal local, determinar a realização das provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo existente anterior perícia produzida nos autos. 2. Contudo, não é possível ao Julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção. 3. Recurso Especial a que se nega provimento (Superior Tribunal de Justiça STJ – REsp 906.794 – Proc. 2006/0261469-5 – CE – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 07.10.2010 – DJE 13.10.2010).

**PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – DANO MORAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – OCORRÊNCIA.** 1. Não é admissível antecipar o julgamento da lide, indeferindo a produção de prova, para, posteriormente, desprover a pretensão com fundamento na ausência de prova cuja a produção não foi permitida. 2. Recurso Especial parcialmente provido, para anular o processo, determinando a reabertura da instrução processual, restando prejudicado, por ora, o exame das demais questões suscitadas (Superior Tribunal de Justiça STJ – REsp 436.027 – Proc. 2002/0059376-9 – MG – Quarta Turma – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – j. 17.09.2009 – DJE 30.09.2010).

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DESCABIMENTO.** 1. Controvérsia relativa à responsabilidade civil em decorrência de erro médico, que demanda o reexame de fatos e provas, ao que não se presta o RE. Incidência da Súmula nº 279. 2. O art. 5º, LIV e IV, da Constituição, não impede que o julgador aprecie com total liberdade e valorize como bem entender as alegações e as provas que lhe são submetidas. 3. Alegações improcedentes de negativa de prestação jurisdicional e de violação dos princípios constitucionais invocados no recurso extraordinário (STF – AI-AgR 591.327-1-SP – Primeira Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 19.06.2007 – DJU 03.08.2007, p. 72).

**PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – MUNICÍPIO – MORTE DE CRIANÇA DURANTE O PARTO REALIZADO EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA – ERRO MÉDICO – NEXO CAUSAL – ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 1.060 DO CC/1916 – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7/STJ – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO NÃO AUTORIZADA – VALOR RAZOÁVEL – DESPROVIMENTO.** 1. O julgamento da pretensão recursal, para fins de se afastar o nexo causal e a negligência médica e, assim, julgar improcedente a pretensão condenatória, depende do reexame do contexto fático-probatório – E não mera valoração jurídica da prova –, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmula 7/STJ). 2. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade não configurada. 3. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) nem é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada em razão da morte do filho durante o parto. Ao contrário, os valores

foram arbitrados com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 4. Agravo regimental desprovido (STJ – AGA 200700531124 – (883507 RJ) – 1ª T. – Rel. Min. Denise Arruda – DJU 11.10.2007 – p. 307).

**PRECESSUAL CIVIL E CIVIL – SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA – POSSIBILIDADE – NULIDADE INEXISTENTE – REPARAÇÃO DE DANOS – ERRO MÉDICO – INTERVENÇÃO DE NATUREZA CURATIVA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – PROVAS INDICIÁRIAS CONTUNDENTES ACERCA DE LESÃO PROVOCADA EM CIRURGIA – SUFICIÊNCIA AO RECONHECIMENTO DO ILÍCITO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDA.** A fundamentação é um dever do magistrado e um direito indelével das partes. Se embora sucinta, for possível identificar os elementos jurídicos que serviram para sedimentar o posicionamento externado pelo sentenciante, não se cogita a nulidade do *decisum*, devendo se ter por atendida a exegese contida no art. 458, II, do CPC e art. 93, IX da Magna Carta. A atividade médica para a cura de enfermidade apresentada pelo paciente comporta “obrigação de meio”, estando o profissional vinculado à adoção do tratamento apropriado ao alcance da cura, devendo, igualmente, guardar zelo no exercício das atividades ao mesmo inerentes. A falta de prova técnica é passível de ser suprida por contundentes elementos indiciários que evidenciem ter o médico agido com negligência ou imperícia no trato da paciente, o que autoriza a condenação do profissional ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais amargados pela vítima decorrentes do erro perpetrado. Recurso conhecido e parcialmente provido (TJTO – AC 4836 – Rel. Des. Amado Cilton Rosa – j. 06.06.2006).

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE FILHO MENOR – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – DESNECESSIDADE – REJEIÇÃO.** 1 – Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que rejeita pedido de produção de prova pericial irrelevante para o deslinde da causa 2 – Além da responsabilidade objetiva da instituição hospitalar, há de ser considerada a culpa dos prepostos do réu no que pertine ao ressarcimento por danos morais, por não terem agido com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional no atendimento à criança. 3 – A condenação em danos morais deve adequadamente observar os critérios da proporcionalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos, e o caráter sancionatório e inibidor da condenação, em face das condições econômicas do causador dos danos. 4 – Recurso improvido (TJDFT – APC 20020110789078 – 4ª T. Cív. – Rel. Des. Cruz Macedo – DJU 06.10.2005 – p. 80).

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – DANOS MORAL E MATERIAL – TRATAMENTO MÉDICO – NEXO DE CAUSALIDADE – PRESUNÇÃO DE CIRURGIA SER A CAUSADORA DO DANO SOFRIDO PELO AUTOR – ESQUECIMENTO DE CORPO ESTRANHO (PINÇA CIRÚRGICA) NA CAVIDADE ABDOMINAL DO PACIENTE.** 1. Cabe ao estado o dever de indenizar sempre que demonstrada a existência do fato praticado por agente do serviço público que, nessa qualidade, causar dano. A responsabilidade do estado é objetiva quanto a atos danosos praticados nos hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviçais. 2. Há necessidade de se provar o nexo de causalidade entre o ato praticado pela administração pública e o dano sofrido pelo autor. 3. A simples

alegação de que a data afirmada pelo autor e a do prontuário não coincidem não é suficiente para afastar o nexo de causalidade. 4. Para indenização por danos materiais há a necessidade de prova. 5. Recurso parcialmente provido (TJDFT – APC 20030110904334 – 1ª T. Cív. – Rel. Des. Nívio Gonçalves – DJU 23.08.2005 – p. 246).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO – CLÍNICA – CULPA – PROVA.** Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. “Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equivocado conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, ao mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área. Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade. Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional de medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação (STJ – REsp. 69.309-RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior – j. 18.06.1996 in Miguel Kfoury Neto, *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 141).

## 9.6 *Indícios, presunções e perda da chance*

**APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE FALTA DE DIALETICIDADE – AFASTADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL – ATENDIMENTO PRESTADO PELO MÉDICO DO PRONTO-SOCORRO – INADEQUADO – ÓBITO DO PACIENTE POUCAS HORAS APÓS SER ENCAMINHADO AO POSTO DE SAÚDE PELO MÉDICO PLANTONISTA DO PRONTO-SOCORRO – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA. NEXO CAUSAL – TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICADA – DANOS MATERIAIS AFASTADOS – DANOS MORAIS CABÍVEIS E MITIGADOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** 1. Embora os termos do apelo em muito se assemelhem àqueles deduzidos no curso do processo, evidenciando mera reiteração, isso não resulta, por si só, ofensa ao princípio da dialeticidade. 2. Se o paciente procura a emergência do hospital para ser atendido pelo médico plantonista e este lhe presta socorro, não há que se cogitar se este era ou não assalariado, estando de alguma forma vinculado ao nosocômio, este responderá pelos danos que seu profissional causar. 3. Houve erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano. 4. Ao encaminhar o paciente para tratamento ambulatorial em um posto de saúde, o médico plantonis-

ta ceifou a chance de um diagnóstico mais seguro e um tratamento emergencial mais contundente, residindo aí o nexo de causalidade, em aplicação da teoria da perda d'une chance. 5. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria. 6. Há de se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da la perte d'une chance deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. Desta forma, a indenização pelo dano moral há que ser fixado em 200 (duzentos) salários-mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R\$ 83.000,00, já ponderando a redução do quantum em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima (TJ-MS – AC-Or 2006.004344-8/0000-00 – Dourados – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel – DJEMS 03.04.2009 – p. 14).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DIAGNÓSTICO TARDIO – DANO MORAL CONFIGURADO.** O perito vislumbrou demora no atendimento da paciente, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da doença que acometia a autora, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perte d'une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade do réu, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. Configurado o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o erro no procedimento provocou na autora, até que as providências para a correção da perfuração de seu útero fossem tomadas, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Redução da capacidade física atestada pelo expert oficial. Honorários de sucumbência corretamente fixados. Improvimento do recurso (TJ-RJ – AC 2006.001.53158 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos – j. 24.01.2007).

**ATO ILÍCITO – VÍTIMA – PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA – PRESUNÇÃO – POSSIBILIDADE – PENSÃO – FIXAÇÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – NECESSIDADE – SÚMULA 313.** 1. Presume-se a redução da capacidade laborativa da vítima de ato ilícito que sofre graves sequelas físicas permanentes, evidentemente limitadoras de uma vida plena. 2. O só fato de se presumir que a vítima de ato ilícito portadora de limitações está capacitada para exercer algum trabalho não exclui o pensionamento, pois a experiência mostra que o deficiente mercado de trabalho brasileiro é restrito mesmo quando se trata de pessoa sem qualquer limitação física. 3. Sem provas do exercício de atividade remunerada, tampouco de eventual remuneração recebida antes do ato ilícito, a vítima tem direito a pensão mensal de 1 (um) salário-mínimo, desde o evento danoso até o fim de sua vida. 4. A indicação de termo final do pensionamento só é cabível quando se pretende pensão por morte, pois deve-se presumir que a vítima, não fosse o ato ilícito, viveria tempo equivalente à expectativa média de vida do brasileiro. 5. “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.” 6. É lícito ao juiz determinar que o réu constitua capital para garantir o adimplemento da pensão a que foi condenado, mesmo sem pedido do autor

(STJ – REsp nº 899.869 – MG (2006/0046442-3) – 3ª Turma – Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros – j. 13.02.2007 – publicado no Conjur em 24.04.2007).

**RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS – ERRO MÉDICO – PERÍCIA MÉDICA DESNECESSÁRIA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO – ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADOS – AGRAVAMENTO DO DANO CARACTERIZADO – CIRURGIA CORRETIVA PRECOCE – DANOS MORAIS – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – INCIDÊNCIA DO ART. 21, CAPUT, DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.**

O juiz não é obrigado a determinar a realização de perícia quando os elementos constantes nos autos são suficientes para formar a sua convicção. Configurados os elementos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, dano, nexos de causalidade e culpa, emerge o dever de indenizar do causador do dano. Atestada a realização precoce (antes do prazo mínimo ditado pela literatura médica) de cirurgia corretiva da lesão advinda de culpa, caracteriza-se o agravamento do dano moral. O valor indenizatório fixado na sentença deve ser mantido, porquanto é razoável e proporcional aos danos sofridos pela apelada. Se a parte foi sucumbente em parte mínima do pedido, correta é a decisão que aplica o art. 21, parágrafo único, do CPC (TJMT – AC 136/2007 – Barra do Garças – Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Ermani Vieira de Souza – j. 05.03.2007).

**CIVIL – AÇÃO RESSARCIMENTO – DANO MORAL – NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO HOSPITAL RESPONSÁVEL – ATRASO INJUSTIFICADO NO PARTO – CRIANÇA MORTA – RESPIRAÇÃO DE MECÔNIO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM FIXADO EM PRIMEIRO GRAU – EM CONSONÂNCIA COM OS PARÂMETROS – APELAÇÃO CONHECIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

1. Diante da sequência lógica dos acontecimentos ocorridos *in casu*, não vejo como não atribuir a culpa pela morte da criança ao atendimento ineficaz prestado pelo recorrente, notadamente porque, caso o hospital tivesse tomado as cautelas pertinentes ao caso, ou seja, caso os médicos tivessem observado o quadro clínico da autora com maior cuidado e tivessem efetuado o parto no momento oportuno, provavelmente o bebê teria nascido com vida. 2. A gravidez da autora não apresentava, segundo os laudos de ultrassonografia, qualquer problema capaz de influir no parto da criança, ou seja, capaz de acarretar o resultado ocorrido no caso vertente – Morte do bebê. 3. Pelo contexto dos fatos, é evidente que o hospital deixou de realizar o parto da autora no momento oportuno, logicamente porque mesmo a requerente narrando que sentia muitas dores na gestação e, mesmo ultrapassando a data provável para o parto, os médicos responsáveis determinaram, em um primeiro momento, o retorno da paciente em outro dia, e, posteriormente, a internação, sem tomar as diligências pertinentes ao quadro clínico apresentado. 4. Não restam dúvidas que a ingestão do mecônio foi causada pela negligência do hospital requerido. E, restando demonstrado que a respiração do mecônio por parte da criança tenha se dado por omissão ou negligência médica (*rectius*: Atraso injustificado no parto), não restam dúvidas que a indenização é devida. 5. O quantum arbitrado pelo magistrado de primeiro grau (R\$ 45.000,00 – Quarenta e cinco mil reais), referente aos danos morais, encontra-se em consonância com aqueles parâmetros que devem ser utilizados pelo julgador quando da análise de casos semelhantes ao vertente, bem como com os precedentes do colendo STJ.

6. Apelação conhecida. 7. Negado provimento ao recurso (TJES – AC 011040115773 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon – j. 03.07.2007).

**PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA – POSSIBILIDADE – NULIDADE INEXISTENTE – REPARAÇÃO DE DANOS – ERRO MÉDICO – INTERVENÇÃO DE NATUREZA CURATIVA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – PROVAS INDICIÁRIAS CONTUNDENTES ACERCA DE LESÃO PROVOCADA EM CIRURGIA – SUFICIÊNCIA AO RECONHECIMENTO DO ILÍCITO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDA.** A fundamentação é um dever do magistrado e um direito indelével das partes. Se embora sucinta, for possível identificar os elementos jurídicos que serviram para sedimentar o posicionamento externado pelo sentenciante, não se cogita a nulidade do decisum, devendo se ter por atendida a exegese contida no art. 458, II, do CPC e art. 93, IX da Magna Carta. A atividade médica para a cura de enfermidade apresentada pelo paciente comporta “obrigação de meio”, estando o profissional vinculado à adoção do tratamento apropriado ao alcance da cura, devendo, igualmente, guardar zelo no exercício das atividades ao mesmo inerentes. A falta de prova técnica é passível de ser suprida por contundentes elementos indiciários que evidenciem ter o médico agido com negligência ou imperícia no trato da paciente, o que autoriza a condenação do profissional ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais amargados pela vítima decorrentes do erro perpetrado. Recurso conhecido e parcialmente provido (TJTO – AC 4836 – Rel. Des. Amado Cilton Rosa – j. 06.06.2006).

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE FILHO MENOR – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – DESNECESSIDADE – REJEIÇÃO.** 1 – Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que rejeita pedido de produção de prova pericial irrelevante para o deslinde da causa. 2 – Além da responsabilidade objetiva da instituição hospitalar, há de ser considerada a culpa dos prepostos do réu no que pertine ao ressarcimento por danos morais, por não terem agido com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional no atendimento à criança. 3 – A condenação em danos morais deve adequadamente observar os critérios da proporcionalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos, e o caráter sancionatório e inibidor da condenação, em face das condições econômicas do causador dos danos. 4 – Recurso improvido (TJDFT – APC 20020110789078 – 4ª T. Cív. – Rel. Des. Cruz Macedo – DJU 06.10.2005 – p. 80).

**INDENIZAÇÃO – CIRURGIA PLÁSTICA DE CARÁTER ESTÉTICO – OBRIGAÇÃO DE FIM – ERRO MÉDICO – CULPA – TEORIA RES IPSA LOQUITUR – PREJUÍZO MATERIAL COMPROVADO – DANO MORAL INDENIZÁVEL MEDIANTE ARBITRAMENTO – DESNECESSIDADE DE PROVA – DIMINUIÇÃO DO QUANTUM – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.** Induvidosa a culpa do cirurgião plástico que não alcança o fim pretendido pela paciente, *in casu* o embelezamento buscado através de intervenção de caráter eminentemente estético, configurada numa obrigação de resultado, notadamente quando resultou demonstrado nos autos que do insucesso da citada intervenção adveio a necessidade de realização de nova cirurgia reparadora, piorando a aparência da paciente, causando-lhe não apenas prejuízo material, mas dor psíquica, decorrente da ação culposa. Nessa toada, é de se ter como certo que o parecer oriundo do órgão de classe, mani-

festando-se pela não indicação da cirurgia em tela em paciente idosa, obesa e cardiopata, reforça o entendimento acerca do comportamento imprudente da médica. No tocante à indenização por dano moral é inconteste que a mesma deve se dar por arbitramento do julgador, que usando do bom senso e equidade, levar sempre em consideração as condições das partes e a extensão do dano, bem assim o grau de culpabilidade do infrator, visando compensar a lesada pela dor suportada e evitando, por outro lado, o enriquecimento ilícito, agindo, para tanto, com fulcro no princípio da razoabilidade. Preliminares rejeitadas, indiscrepantemente. Apelo, parcialmente, provido. Decisão unânime (TJPE – AC 114059-4 – Rel. Des. Sílvio de Arruda Beltrão – *DJPE* 22.12.2004).

**ERRO DE DIAGNÓSTICO – GRANDE ATRASO PARA INÍCIO DE TRATAMENTO DO CÂNCER DA MAMA.** Autora, falecida no curso da ação, que apresentou ao réu mamografia cujo resultado indicava a necessidade de realização de biópsia. Réu que não determinou a realização do exame. Autora que só veio a descobrir câncer de mama 2 anos mais tarde, através de outro profissional. Sentença que condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de 72 mil reais. Inocorrência do alegado cerceamento de defesa. Intempestiva a alegação de que o perito nomeado não tem os conhecimentos técnicos necessários para avaliar o caso. Laudo pericial conclusivo no sentido de que houve erro de diagnóstico. Correta a sentença adotada na forma regimental (TJRJ – Ac. unân. da Câm. Cív. – Ap 10.417/2002 – Rel. Des. Galdino Siqueira – publ. em 2.10.2003 – *COAD*, v. 03, p. 77)

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ADOÇÃO DO LAUDO DOS ASSISTENTES-TÉCNICOS – APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 131 E 436, AMBOS DO CPC – DANO MORAL – NEGLIGÊNCIA MÉDICA.** A convicção do julgador está condicionada às regras jurídicas, de experiência, da lógica e do bom senso, nos termos do que dispõem os artigos 131 e 436, ambos do CPC. O fato de se adotar entendimento de laudo do perito indicado pela parte de modo algum compromete a imparcialidade da decisão. Primeiro, porque o tribunal não está adstrito ao laudo oficial. Segundo – e isso é assaz importante – porque é errôneo supor que o perito oficial tem maior autoridade e é mais digno de fé só por essa qualidade. O que deve contar é a sua qualificação profissional e, acima de tudo, o mérito racional de convencimento constante no laudo. Não é admissível que se procure uma clínica que se propõe a atender emergências, com um sintoma tão evidente, perceptível até a um leigo, de problemas cardíacos e, ali, burocrática e negligentemente, seja medicada como se estivesse diante de um simples estado gripal. E, mais, medicada com remédio inadequado a moléstia que sofrida, agravando-a. Ademais, mesmo após ter retomado, continuou a negligência no atendimento, já que somente foram diagnosticar o problema cardíaco quando do seu óbito. Poucas vezes se vê um processo com tantas provas clamando pela culpa dos prepostos da ré que causaram dano irreparável aos autores. Não se pode afirmar que o atendimento adequado pudesse evitar a morte da paciente, mas salta aos olhos que não foi atendida a contento, ficando a indagação se esse proceder não foi o causador direto de sua morte. Na verdade, poderia ela ter sido atendida corretamente e falecer. Lógico que geraria, assim, enquadramento do caso em uma fatalidade, já que a clínica médica é de meios e não de resultado. No entanto, o que ocorreu na espécie em questão é que não se deu a ela vítima, chance de sobreviver. É certo que a fixação do dano moral deve levar em consideração a natureza de real reparação do abatimen-

to psicológico causado, mas, por outro lado, não se pauta no enriquecimento indevido. O montante deve proporcionar uma compensação pelo desgosto, dor e tristeza sofridos, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao infrator, além do desestímulo a outras infrações. Para seu arbitramento devem ser observadas as condições sociais e econômicas das partes envolvidas. Sentença reformada. Provimento do recurso (TJRJ – 1998.001.01927 – Ap. Cível – 9ª CC – Rel. Des. Paulo César Salomão – j. 17.05.1999).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO – CLÍNICA – CULPA – PROVA.** Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. “Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equivocado conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, ao mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área. Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade. Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional de medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação (STJ – REsp 69.309-RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior – j. 18.06.1996 in Miguel Kfoury Neto, *Culpa Médica e Ônus da Prova* – p. 141).

## 9.7 *Inversão do ônus da prova*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO – RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** Caso em que a pretensão indenizatória está fundamentada em suposta falha no serviço prestado pela instituição hospitalar em razão da culpa dos médicos responsáveis pelo atendimento da agravada na unidade de saúde. Evidenciada, em relação à questão de fundo, típica relação de consumo, o que sujeita a hipótese à incidência das normas do CDC, nada obsta a aplicação da inversão do ônus da prova em relação ao nosocômio demandado (art. 6º, inciso VIII do CDC), porquanto a exceção à responsabilidade objetiva prevista no § 4º do art. 14 do CDC tem sua aplicação restrita aos profissionais liberais. A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não produção, se assim entender o magistrado condutor do feito. Recurso conhecido e parcialmente provido

(TJMS – AG 2011.031889-1/0000-00 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva – DJe 25.01.2012 – p. 40).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO – MORTE DA FILHO DURANTE O PARTO – DENUNCIAÇÃO À LIDE PELO MÉDICO QUE ACOMPANHOU O PRÉ-NATAL DO HOSPITAL E DO MÉDICO QUE REALIZOU O PARTO – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 70 DO CPC – PRECLUSÃO PRO JUDICATO – NÃO CABIMENTO EM RELAÇÃO À DENUNCIAÇÃO A LIDE – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.** 1. A denúncia a lide relaciona-se com a questão da legitimidade passiva, matéria de ordem pública e, portanto, a ser analisada a qualquer tempo. Inteligência dos artigos 267, § 3º e 471, ambos, do Código de Processo Civil, razão pela qual, neste ponto, não se opera a preclusão pro judicato. 2. Denúnciação à lide. Não será admissível quando o reconhecimento da responsabilidade do denunciado suponha seja negada a que é atribuída ao denunciante. Em tal caso, se acolhidas as alegações do denunciante, haverá de ser julgada improcedente e não haverá lugar para regresso. Desacolhidas, estará afastada a responsabilidade do denunciado (TJPR, AI 0492470-5, 15ª c. C, Rel. Jurandyr Souza Junior, DJ 03/10/2008). 3. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor as relações entre médico e paciente. Devida a inversão do ônus da prova porque verificada a hipossuficiência técnica e econômica da autora/agravada, conforme dispõe o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (TJ-PR – Ag Instr 0608995-8 – Imbituva; Décima Câmara Cível – Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas – DJPR 16.06.2010 – p. 240).

**APELAÇÃO – CIVIL – PROCESSO CIVIL – PRELIMINAR DE ERRO IN PROCEDENDO POR FALTA DE OITIVA DO DEPOIMENTO PESSOAL DA AUTORA REJEITADA – ERRO IN PROCEDENDO POR INOBSERVÂNCIA DO CORRETO PROCEDIMENTO NA DEFESA DO CONSUMIDOR (NÃO INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA) – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.** 1 – O depoimento pessoal somente deve ser tomado quando há requerimento da parte contrária nos autos. 2 – quando se trata de relação de consumo, o magistrado deve observar, segundo as regras ordinárias de experiência, se os requisitos autorizativos para a concessão da inversão do ônus da prova estão preenchidos. A inversão do ônus probandi não é simplesmente automática, o juiz a quo tem a discricionariedade de aplicá-la ou não, dependendo do caso concreto. 3 – qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade civil é a constatação de erro médico. 4 – o erro médico é constatado na medida em que o profissional age com imperícia, imprudência ou negligência, e ainda, quando um profissional de média capacidade, em idêntica situação não cometeria o erro. 5 – apelo conhecido e desprovido (TJ-ES – AC 35020426900 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral – j. 06.02.2007 – DJES 19.03.2007 – p. 17).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – HOSPITAL – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA – ADMISSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.** I. Caracterizada a relação entre a agravada e a instituição hospitalar como de consumo, e, havendo verossimilhança

das alegações da autora e hipossuficiência que diz respeito à dificuldade técnica dos consumidores em provarem os fatos alegados, é que se admite a inversão do ônus da prova. II. Recurso que não merece provimento (TJPR – AI 390239-4 (Ac. 4866) – Foz do Iguaçu – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Tufi Maron Filho – j. 19.04.2007 – DJPR 11.05.2007).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ADMISSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.** I – A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendida no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6, VIII). II. Correta a decisão que procedeu a inversão do ônus da prova, quando restou clara a relação de consumo, havendo vulnerabilidade do consumidor, sendo o paciente tecnicamente hipossuficiente em relação ao médico. III – Recurso desprovido (TJPR – AI 0367703-8 – Apucarana – 9ª C. Cív. – Rel. Des. Tufi Maron Filho – j. 16.11.2006).

**REPARAÇÃO CIVIL – ERRO MÉDICO – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 526 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER PREJUÍZO PARA A DEFESA DO AGRAVADO – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CDC, ART. 6º, VIII) – POSSIBILIDADE MESMO TRATANDO-SE DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – PECULIARIDADES DA CAUSA E O CONCEITO DE NORMALIDADE QUE TEMPERA A REGRA *ACTORI INCUMBIT PROBATIO* – A DOUTRINA DE AGUIAR DIAS E A POSIÇÃO DO STJ – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA – LEGITIMIDADE DO *DECISUM* AGRAVADO – RECURSO DESPROVIDO.** 1. Segundo a doutrina de Aguiar Dias o que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra *actori incumbit probatio*, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para a apuração de culpa como para a verificação da causalidade. À noção de normalidade se juntam, aperfeiçoando a fórmula, as de probabilidade e de verossimilhança que, uma vez que se apresentem em grau relevante, justificam a criação das presunções de culpa. 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (STJ – REsp nº 171.988-RS – Terceira Turma – Rel. Min. Waldemar Zveiter) (TJPR – AI 0311765-9 – 10ª C. Cív. – Rel. Des. Ronald Schulman – j. 03.11.2005).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROFISSIONAL LIBERAL – RELAÇÃO DE CONSUMO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, INC. VIII, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** 1. Presente a verossimilhança do

direito, a hipossuficiência técnica e a vulnerabilidade do consumidor, quanto ao acesso a prova, imperiosa à inversão do ônus probatório (art. 6º, inc. VIII do CDC). 2. A regra do § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, apenas estabelece que o profissional liberal sujeita-se ao regime da responsabilidade subjetiva, de nenhuma forma tal norma prevê a impossibilidade de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, até porque resta evidente sua hipossuficiência (TAPR – AG 0248176-7 (Ac. 5408) – Foz do Iguaçu – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Antônio Loyola Vieira – j. 25.05.2004).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – PROVA PERICIAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** Desistindo a autora da realização da prova pericial, desamparada a versão inicial. Prova testemunhal insuficiente. Inversão do ônus da prova descabida em grau de recurso, devendo ser postulada e decidida antes de iniciada a dilação probatória. Negaram provimento ao apelo. Unânime (TJRS – APC 70006388110 – 10ª C. Cív. – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 04.12.2003).

## 9.8 *Produção antecipada de provas*

**PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – POSSIBILIDADE – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS (PERÍCIA MÉDICA E ESTUDO SOCIAL) – AGRAVO IMPROVIDO.** A decisão agravada não indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, mas apenas postergou a sua análise para depois da vinda do laudo pericial. É lícito ao juiz, concluindo pela necessidade da resposta do réu ou de uma maior dilação probatória para a verificação do direito alegado, postergar a análise do pedido antecipatório, não podendo o tribunal concedê-la em substituição ao juiz de primeiro grau, salvo se evidentes os danos graves que possam resultar da decisão e os pressupostos da tutela antecipada. Precedentes jurisprudenciais. No que se refere à produção antecipada da perícia médica e do estudo social, nos termos do artigo 849 do Código de Processo Civil, somente é admissível a antecipação da perícia se houver fundado receio de que a verificação dos fatos, na pendência da ação, venha a se tornar impossível ou muito difícil. Agravo de instrumento improvido (TRF 03ª R. – AG 195168 (Proc. 2003.03.00.077175-1) – SP – Sétima Turma – Relª Desª Fed. Eva Regina Turano Duarte da Conceição – DJU 04.10.2007 – p. 382).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – PERÍCIA – PRETENSO ERRO MÉDICO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** I – A produção antecipada da prova, realização de perícia, justifica-se ante o perigo do desaparecimento da prova de suposto erro médico. II – Gozando a parte do benefício da gratuidade de justiça, cabe ao juiz designar perito que se proponha a realizar o trabalho sem qualquer ônus ou se valer de órgão público. III – A inversão do ônus da prova não importa em obrigar o não beneficiário da gratuidade de justiça a arcar com o ônus da perícia, requerida por qualquer das partes, mas sim nos efeitos da sua não produção. IV – Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime (TJDFT – AGI 20050020048500 – 5ª T. Cív. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 17.11.2005 – p. 102).

**MEDIDA CAUTELAR – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA.** Produção antecipada de provas. Perícia médica. Verificação de problemas de saúde decorrentes de aplicação de substância anestésica em cirurgia. Sintomas que podem desaparecer com o tempo. Fundada necessidade de verificação dos fatos antes da propositura da ação principal. Antecipação justificada. Recurso provido para este fim (1ª TACSP – Proc. 1322100-6 – Oitava Câmara – Rel. Des. Rui Cascaldi – j. 11.08.2004).

## 9.9 Tutela antecipada e medida cautelar

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – CIRURGIA PLÁSTICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO – REQUISITOS PRESENTES – AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.** 1. Tutela antecipada em ação cominatória constitui instrumento idôneo a impedir o agravamento dos danos causados por erro médico. 2. O custeio de cirurgia plástica pelo plano de saúde não configura dano irreversível em razão do caráter meramente econômico, pois pode ser ressarcido posteriormente, se improcedente o pedido deduzido na ação cominatória. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Unânime (TJ-DF – Rec. 2010.00.2.011571-5 – Ac. 455.751 – Primeira Turma Cível – Relª Desª Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos – DJDFTE 27.10.2010 – p. 88).

**DIREITO CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA INDEFERIDA – TRATAMENTO MÉDICO – ATROPELAMENTO – CARACTERIZADOS A VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E O PERIGO NA DEMORA – IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO – FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA – PROVIMENTO DO AGRAVO.** A autora apresenta na inicial alegações e documentos que permitem o convencimento da existência do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela autora e o fato que envolve o réu, assim como a conclusão pela verossimilhança da alegação, que, somada à prova inequívoca e ao receio de dano de difícil reparação ou até mesmo irreparável, conduzem à antecipação da tutela. O *periculum in mora* está caracterizado pelo fato de a recorrente encontrar-se em estado vegetativo, podendo ter suas sequelas agravadas, caso não lhe seja deferido um pensionamento mínimo para arcar com as despesas de sua manutenção. No que concerne ao perigo de irreversibilidade do pleito, a interpretação do art. 273, § 2º deve ser feita com razoabilidade, sob pena de tornar inaplicável o instituto da tutela antecipada. No presente caso, que versa sobre responsabilidade civil, a demora no deferimento da indenização, especialmente quando consiste no tratamento à saúde, pode significar o sacrifício do direito do lesado. Daí a necessidade de flexibilização da norma, com vistas a ponderar os valores em discussão. Por maioria de votos, deu-se provimento ao agravo de instrumento interposto (TJPE – AI 146568-5 – Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo – DJPE 22.05.2007).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – SEGURO SAÚDE – PACIENTE PORTADORA DE HÉRNIA DE DISCO CERVICAL – NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – UTILIZAÇÃO DE ESPAÇADOR INTERSOMÁTICO CERVICAL IMPORTADO – RECOMENDAÇÃO ESPECÍFICA À PACIENTE DO MÉDICO QUE LHE DÁ ASSISTÊNCIA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES**

**– QUESTÕES AFETAS AO JUÍZO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO – SUPRESSÃO DE GRAU – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

“O Juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir não existe.” (Marinoni) Presentes, em sede de cognição sumária, os requisitos necessários para a antecipação da tutela, é de se manter a decisão atacada. O produto indicado, conforme o médico, reduz o tempo e o risco do procedimento cirúrgico sendo o mais adequado no caso específico da agravada (TJPR – AI 0406876-6 – 10ª C. Cív. – Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas – DJPR 13.07.2007).

**RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESSARCIMENTO E DANOS MORAIS E MATERIAIS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO PARCIAL PARA IMPOR À COOPERATIVA MÉDICA A CONTINUIDADE DA COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO EM LOCAL FORA DE SUA ÁREA DE ATUAÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS REFERENTES À PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO PREVISTOS NO ART. 273 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

Estando presentes os requisitos previstos no art. 273 do CPC, impõe-se a manutenção do *decisum* singular que, em ação de cumprimento de obrigação de fazer c/c ressarcimento e danos morais e materiais, antecipou parcialmente os efeitos da tutela determinando à cooperativa médica o dever de garantir a continuidade do tratamento necessitado por usuário em situação de urgência/emergência fora de sua área de atuação e em hospital a ela não credenciado (TJMT – AI 5107/2007 – Cuiabá – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. José Ferreira Leite – j. 18.04.2007).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – COBERTURA DE DESPESAS COM TRATAMENTO MÉDICO DE CARÁTER URGENTE DO ATENDIMENTO MÉDICO NECESSITADO – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.**

1. Se o tratamento médico que a seguradora se nega a autorizar é indicado como urgente e necessário para combater a doença grave de que fora acometida a segurada, mostra-se patente a presença de risco concreto, atual e iminente. Presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, justifica o deferimento da medida excepcional de antecipação dos efeitos da tutela. 2. Consoante abalizado entendimento jurisprudencial, a seguradora não pode se valer de cláusula contratual para se negar a prestar atendimento de emergência à paciente conveniada que requer urgência no tratamento médico. Precedentes (TJDFT – AGI 20050020040910 – 1ª T. Cív. – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – DJU 06.10.2005 – p. 63).

**TUTELA ANTECIPATÓRIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ERRO MÉDICO – IMEDIATO TRATAMENTO DE SAÚDE – REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC CONFIGURADOS – CORRETA ANÁLISE DO QUADRO PROBATÓRIO PELO JULGADOR – SEQUELAS E RISCO DE VIDA QUE DEVEM SER TRATADOS E EVITADOS – REVERSIBILIDADE PECUNIÁRIA QUE NÃO É INVIABILIZADA PELA CONDIÇÃO DE POBREZA DA AUTORA – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.** A conclusão alcançada pelo Conselho Regional de Medicina no sentido de

não ter havido negligência, imperícia ou imprudência no tratamento dispensado pelo agravante à agravada não tem o condão de afastar o fato de que, no mínimo, excepcional foi o desenrolar do tratamento da paciente, bem como, incauto se mostrou o médico ao lhe receitar doses homeopáticas de “paciência”, donde, necessitando ela de cirurgias e tratamentos coadjuvantes imediatos devem eles ser viabilizados por quem, a princípio – Em juízo de convicção sumária e de verossimilhança – Deu causa a seu estado atual. O fato de se tratar de pessoa de poucas posses, não pode excluir a recorrida de estar albergada pela tutela jurisdicional antecipada, se presentes os requisitos da verossimilhança e do perigo de dano irreparável (TAPR – AI 0278891-8 – (234517) – Pinhais – 15ª C. Cív. – Rel. Juiz Anny Mary Kuss – DJPR 08.04.2005).

**PLANO DE SAÚDE – INTERNAÇÃO HOSPITALAR EM CARÁTER DE EMERGÊNCIA.** O contrato limita a cobertura do tratamento emergencial, a cargo da Agravante, somente às primeiras doze horas, cessando a mesma cobertura a partir daí, correndo as despesas financeiras, “a partir da necessidade de internação”, à conta do segurado, sem ônus para a seguradora. Diz a Agravante que a norma contratual está em consonância com a Resolução do CONSU. Todavia, é preciso, nesse passo, resolver se tal Resolução não contrasta com o disposto no artigo 35-C, da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 que, aparentemente sem fazer distinções ou limitações, é impositivo da cobertura do atendimento nos casos “de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico-assistente”. Não se ignora a legitimidade de limitação de cobertura ou das chamadas excludentes de cobertura, posto que a prestação dos serviços deve guardar correspondência com o volume de contribuições, o que também se ajusta aos chamados períodos de carência. Mas o tratamento emergencial pode não se esgotar com poucas horas de internação do paciente em situação de risco, ou seja, a quem em regra se verifica no pronto atendimento dos hospitais. A só observação do que normalmente acontece permite afirmar que a internação obriga tratamento que não retira o paciente da situação de emergência senão depois de horas seguidas, muitas vezes superiores às doze primeiras, subsequentes à internação. E obriga tratamento sem o qual o paciente não se recupera. Por isso que, neste caso, melhor será prolongar-se a cobertura tal qual concedida em primeiro grau, dando adequada proteção ao interesse maior da pessoa, a saúde, até que se resolva de vez a questão, no bojo dos autos principais, sob pena de colocá-la em situação de risco capaz de causar lesão irreparável ou de difícil reparação. Vale, pois, também aqui, repetir que essas e outras questões não podem, evidentemente, receber decisão no âmbito restrito do Agravo de Instrumento, recurso também limitado à concessão de tutela antecipada, especialmente quando o digno Juízo a quo reservou-se oportunidade de rever a decisão, após a defesa, não havendo, nos autos, notícia de que o tenha feito (TJSP – Ac. unân. da 8ª Câm. de Direito Privado – Rel. Des. João Carlos Saletti – j. 1.10.2003 – COAD, v. 3, p. 156).

**PLANO DE SAÚDE – ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO – MEDIDA CAUTELAR.** O registro de estar ocorrendo a alteração unilateral do contrato propicia o *fumus boni iuris*, e a possibilidade de suspensão da assistência médico-hospitalar fornece o *periculum in mora*, requisitos suficientes para a concessão de medida cautelar, afastando a eficácia de posicionamento adotado por um dos contratantes em detrimento do outro.

Agravo de Instrumento provido (TJDF – Ac. unân. da 1ª T. Cív. – Ap. 2008-3/2000 – Rel. Des. Valter Xavier – publ. em 06.09.2000 – *COAD*, v. 2, p. 106).

## 9.10 Prescrição

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA VÍTIMA DO DANO IRREVERSÍVEL – PRINCÍPIO DA ACTIO NATA – MATÉRIA DE PROVA – SÚMULA Nº 7/STJ.** 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo prescricional da ação para indenizar dano irreversível causado por erro médico começa a fluir a partir do momento em que a vítima tomou ciência inequívoca de sua invalidez, bem como da extensão de sua incapacidade. Aplicação do princípio da *actio nata*. 2. O acórdão recorrido fundamentou sua decisão no fato de que o julgamento da lide pelo magistrado de primeiro grau, com declaração da ocorrência da prescrição, foi prematuro, tendo em vista que o delineamento da controvérsia depende ainda da análise de um contexto probatório não produzido pelas partes. 3. Qualquer conclusão em sentido contrário ao que decidiu o aresto impugnado envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência incabível em sede de Recurso Especial, conforme o que dispõe a Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (Superior Tribunal de Justiça STJ – AgRg-Ag 1.098.461 – Proc. 2008/0198749-0 – SP – Quarta Turma – Rel. Min. Raul Araújo Filho – j. 22.06.2010 – *DJE* 02.08.2010).

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA A FAZENDA NACIONAL – ERRO MÉDICO – DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – PRESCRIÇÃO – QUINQUÍDIO DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32 – TERMO INICIAL – DATA DA CONSOLIDAÇÃO DO CONHECIMENTO EFETIVO DA VÍTIMA DAS LESÕES E SUA EXTENSÃO – PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.** 1. O termo *a quo* para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida. Precedentes da primeira seção. 2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de Recurso Especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta corte. Agravo regimental improvido (STJ – AGRESP 200700468216 – (931896 ES) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – *DJU* 03.10.2007 – p. 194).

**ERRO MÉDICO – CIRURGIÃO PLÁSTICO – PROFISSIONAL LIBERAL – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRECEDENTES – PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.** I – Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. II – O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às nor-

mas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido (STJ – REsp 731078/SP (2005/0036043-2) 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho – DJ 13.02.2006 – p. 799).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CLÍNICA – LEGITIMIDADE PASSIVA – PRESCRIÇÃO – ARTIGO 27 DO CDC – DIES A QUO – DANO MORAL – OCORRÊNCIA – VALORAÇÃO – SEGURO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE.** No caso de ação de indenização decorrente de erro médico, onde a figura do profissional se confunde com a da própria clínica onde atua, da qual é sócio majoritário, esta apresenta legitimidade passiva para responder pela demanda do autor. O prazo prescricional prescrito no artigo 27 da Lei nº 8.078/90 passa a fluir da data em que o consumidor tem conhecimento do dano experimentado e não da prática do ato em si. Tem-se como improcedente a denúncia da lide de companhia seguradora quando a prática do ato do qual decorreu o dano experimentado pela vítima se deu antes da vigência do contrato celebrado, ainda que sua constatação tenha sido feita posteriormente. Preliminar e prejudicial rejeitadas, primeiro apelo provido e segundo apelo não provido (TJ-MG – APCV 8232661-27.2005.8.13.0024 – Belo Horizonte – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade – j. 24.08.2010 – DJEMG 14.09.2010).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL.**  
1. A partir da constatação da irreversibilidade do dano ocorrido, nasce para a vítima o direito subjetivo à ação e, a partir deste, começa a fluir o prazo de prescrição. 2. Consoante o parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, não só os médicos, como também os hospitais, devem responder por danos decorrentes de erro na prestação de seus serviços, haja vista que, ao fornecê-los, o hospital atua imbuído do interesse econômico. 3. Recurso desprovido (TJDF – AGI 20050020020010 – 3ª T. Cív. – Rel. Des. Mariozam Belmiro – DJU 28.06.2005 – p. 117).

**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PEDIDO DE INVESTIGAÇÃO DE POSSÍVEL TROCA DE BEBÊS – IMPRESCRITIBILIDADE – CUMULAÇÃO COM PEDIDO SUCESSIVO DE INDENIZAÇÃO – POSSIBILIDADE.** Erro essencial de fato. Teoria da *actio nata*. Prescrição inócurre. Recurso provido. A ação que busca investigar filiação, maternidade e paternidade é imprescritível. É possível a cumulação de pedido sucessivo cominatório com pedido indenizatório. Havendo erro essencial quanto ao fato que a parte ignorava, referido erro impede o curso do prazo de prescrição da ação. Segundo a teoria da *actio nata*, somente após revelado o fato desconhecido, que submetia a parte em erro substancial, é que tem início a contagem do prazo de prescrição da ação (TAMG – AC 460.677-7 – 9ª C. Cív. – Relª Juíza Márcia de Paoli Balbino – DJMG 26.11.2004 – p. 35).

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 27, DO CDC – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – DEPOIMENTO PESSOAL DA PARTE – IMPOSSIBILIDADE FÍSICA E MENTAL.** Nos termos do art. 27, do CDC, o *dies a quo* do lapso prescricional é aquele em que a vítima teve ciência inequívoca da irreversibilidade da lesão sofrida, e não a data da alta hospitalar. Estando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* entrosada com o mérito da ação, deve o magistrado postergar o seu

exame para após a realização da instrução processual, oportunizando às partes o direito da amplitude de defesa e do contraditório. Constatada a incapacidade física e mental da parte, age com acerto o juiz que indefere o pedido de depoimento pessoal, nada impedindo, entretanto, que seja ouvido o seu representante legal (TJBA – AI 26.941-2/2001 – (40378) – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Jerônimo dos Santos – j. 31.10.2003).

**PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, CONTRA O ESTADO, POR ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CONSTATAÇÃO DA IRREVERSIBILIDADE DO DANO OCORRIDO.** 1. Recurso Especial contra Acórdão que decretou a prescrição do direito de o recorrente pleitear indenização, por erro médico, contra o Estado recorrido, com aplicação do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, ao entendimento de que o prazo inicial conta-se a partir do momento da primeira internação (entrada) no estabelecimento de saúde. 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, começa a fluir o prazo prescricional, para o ajuizamento de ação indenizatória por erro médico, a partir da ciência, pela vítima, da impossibilidade da reversão da lesão ocasionada. 3. No período anterior à constatação da irreversibilidade do dano ocorrido, o autor não poderia imaginar que lhe acometeria a deficiência acontecida a posteriori. 4. Precedentes desta Corte Superior. 5. Recurso provido, para afastar a prescrição decretada e determinar o retorno dos autos ao Egrégio Tribunal a quo, a fim de que o mesmo continue o julgamento, desta feita sem a prejudicial em tela (REsp 302.238/RJ, 1ª T. Rel. Min. José Delgado, DJ 11.06.2001 – p. 140).

# Do Processo Administrativo Disciplinar

---

## 1 O Código de Ética Médica

Independentemente da responsabilidade civil ou criminal, o médico também responde administrativamente perante seu órgão de classe – os Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), especialmente por práticas que contrariem o Código de Ética Médica.

Preocupado com a qualidade dos serviços médicos e especialmente com o compromisso de respeito aos pacientes, o Conselho Federal de Medicina atualizou os preceitos éticos e editou o sexto Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009), em vigor a partir de 13 de abril de 2010, contendo 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais, atento às determinações da medicina brasileira do século XXI, bem como aos avanços tecnológicos, científicos, à autonomia e direitos do paciente. Dentre esses princípios, um de transcendental importância afirma que a medicina não pode, em nenhuma circunstância, servir ao comércio.

Pela importância do tema, cabe aqui relacionar os 25 princípios fundamentais do exercício da medicina, que são os seguintes:

I – A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III – Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV – Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V – Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI – O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII – O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX – A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X – O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI – O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII – O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII – O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV – O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV – O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI – Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII – As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII – O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

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

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

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII – Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV – Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV – Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

A partir do Capítulo III o Código passa a tratar das condutas e práticas vedadas aos médicos. No campo profissional (arts. 1º a 21), no que diz respeito aos direitos humanos (arts. 22 a 30), na relação com o pacientes e/ou familiares (arts. 31 a 42), no tocante à doação e transplantes de órgãos e tecidos (arts. 43 a 46), na relação entre os próprios médicos (arts. 47 a 57), no tocante à remuneração profissional (arts. 58 a 72), no que diz respeito ao sigilo (arts. 73 a 79), quanto aos documentos médicos (arts. 80 a 91), naquilo que pertine à participação em perícias e auditorias médicas (arts. 92 a 98), quanto à pesquisa e ao ensino (arts. 99 a 110), no campo da publicidade (arts. 111 a 118).

Dessa forma, e considerando que o Código abarca praticamente todas as atividades médicas, podemos afirmar que a melhor prevenção para o profissional de medicina é a prática médica estribada em critérios sólidos de seriedade e baseados fundamentalmente na ética.

## 2 O processo administrativo

O primeiro passo para a formação do processo administrativo disciplinar é a apresentação de denúncia relacionada à atividade profissional do médico que pode chegar aos CRMs por diversas formas, vejamos:

- a) encaminhadas pelo correio, com identificação e assinatura do denunciante que pode ser o próprio paciente ou algum familiar;
- b) por meio de depoimento pessoal que pode ser prestado em qualquer uma das delegacias regionais do CRM (no caso de São Paulo são 33 delegacias, entre capital e interior);
- c) encaminhadas por hospitais, através de sua Comissão de Ética Médica (CEM) ou pelo diretor clínico;
- d) pode também ser encaminhada por Delegados de Polícia, membros do Ministério Público ou da Magistratura;
- e) pode ainda o procedimento ser aberto *ex officio*, isto é, por iniciativa do próprio Conselho, principalmente quando tomam conhecimento de denúncias veiculadas nos meios de comunicação.

É importante destacar que não são aceitas denúncias por *e-mail* ou por telefone, assim como não são aceitas denúncias anônimas.

Apresentada a denúncia, o Conselho Regional ao qual o médico se filia deverá proceder nos moldes do que preceitua as normas processuais que regulamentam as Sindicâncias, Processos Ético-profissionais e o Rito dos Julgamentos (Res. CFM nº 1.897, de 17 de abril de 2009 – Código de Processo Ético-Profissional).

A primeira providência do Conselho Regional será a abertura de sindicância, com a finalidade de promover a apuração preliminar dos fatos e coletar as provas pertinentes ao caso. A sindicância é um procedimento sumário com o objetivo de verificar se é procedente a denúncia apresentada. Para isso, um sindicante será nomeado dentre os conselheiros e terá a incumbência de promover a notificação do médico, receber sua defesa prévia, determinar a coleta de provas que lhe couber, tentar a conciliação e, ao final, apresentar um relatório com suas conclusões que poderá indicar a existência ou não da prática de infração ética.

Se for verificada a inconsistência da denúncia, a sindicância será arquivada sem nenhum prejuízo para o denunciado. Se, de outro lado, a sindicância apurar indícios de infração ética, o processo administrativo/disciplinar será instaurado com a nomeação de um Conselheiro Instrutor que irá analisar as provas, ouvir testemunhas, colher o depoimento pessoal do denunciante e denunciado, bem como apresentar um relatório final com suas conclusões.

Após a apuração dos fatos pelo Instrutor, o processo com seu relatório final irá para as mãos do Presidente do Conselho que, após o recebimento do proces-

so, devidamente instruído, terá o prazo de 10 (dez) dias para designar o Conselheiro Relator e o Revisor, os quais ficarão responsáveis pela elaboração de relatórios que deverão ser entregues em 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, respectivamente, podendo ser prorrogados quantas vezes for necessário, por motivo justificado e a critério do Presidente ou Corregedor do Conselho.

Por fim ocorrerá o julgamento, que deverá ser realizado por uma das Câmaras de Julgamento, em sessão na qual é guardado sigilo, dela somente participando as partes e seus advogados (o processo é todo sigiloso). A Câmara é formada por médicos, conselheiros do Conselho de Medicina do domicílio do médico, cuja decisão porá fim ao procedimento naquilo que podemos chamar de primeira instância.

As partes serão intimadas da data de julgamento com a antecedência mínima de 10 (dez) dias.

Na abertura da sessão de julgamento, as partes e seus representantes legais terão a oportunidade de sustentar oralmente suas alegações finais, logo após as exposições efetuadas pelo Relator e Revisor, pelo tempo improrrogável de 10 (dez) minutos.

Em seguida serão colhidos os votos, primeiramente do Relator e do Revisor, respectivamente, e em seguida dos demais conselheiros integrantes do Conselho, com o resultado final sendo pronunciado pelo Presidente.

Se culpado, o profissional receberá uma das cinco penas disciplinares aplicáveis, previstas em Lei, que são as seguintes (por ordem de gravidade):

PENA A – advertência confidencial em aviso reservado,

PENA B – censura confidencial em aviso reservado,

PENA C – censura pública em publicação oficial,

PENA D – suspensão do exercício profissional por até 30 dias; e

PENA E – cassação do exercício profissional.

A cassação precisa ser referendada pelo Conselho Federal de Medicina, que é também o órgão máximo de recurso para solicitação de revisão das penas aplicadas pelo Conselho Regional.

### **3 O devido processo legal**

Dentre os direitos do médico eventualmente denunciado insere-se a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que se aplica não somente aos processos judiciais, mas a todo e qualquer processo administrativo, como forma de garantir a observância da legalidade.

Assim, tão logo receba a denúncia o CRM deve comunicar ao médico o teor da reclamação lhe oportunizando apresentação de defesa prévia que poderá ser realizada pelo próprio denunciado ou por advogado regularmente habilitado para tanto. Nesse momento é importante apresentar, além dos esclarecimentos do médico quanto ao ocorrido, todo o tipo de prova eventualmente existente, tais como prontuário, nomes de testemunhas, dados de literatura médica aplicável ao caso concreto etc. Isso é importante porque nessa fase, conforme seja o caso, a denúncia poderá não ser aceita e, se assim for, será arquivada.

É importante esclarecer que a garantia da presença do advogado poderá ocorrer desde o primeiro momento do processo administrativo disciplinar, isto é, quando é aberta a sindicância, embora haja aqueles que se posicionam em sentido oposto.<sup>1</sup> Aliás, a prudência recomenda que o denunciado procure a assistência de advogado tão logo tenha recebido a notícia da denúncia apresentada, tendo em vista que o profissional acompanhando o processo desde o seu nascimento terá melhores condições de bem instruí-lo e, conforme for o caso, conseguir o arquivamento da denúncia, obstando assim a abertura do processo disciplinar propriamente dito. A assistência jurídica por advogado é assegurada em todas as fases do processo, com garantia de acesso a documentos, depoimentos, além de participação nas audiências de julgamento, onde deve ser assegurado, inclusive, o direito à sustentação oral.

Advirta-se ainda que nos processos perante o órgão disciplinar há também a garantia do duplo grau de jurisdição, pois da decisão da Câmara poderá haver recurso para o Pleno do Conselho Regional. Caso mantida a condenação do médico, o mesmo poderá ainda recorrer da decisão do Conselho, interpondo agravo para Conselho Federal de Medicina.

#### **4 Recurso à Justiça comum**

Esgotadas todas as instâncias do processo administrativo, e havendo punição, pode ainda o médico recorrer ao poder judiciário, em face do princípio da inafastabilidade de apreciação judicial de qualquer possível lesão de direito (CF, art. 5º, XXXV). Aliás, é possível recorrer ao judiciário até mesmo no curso do processo administrativo se ocorrer, por exemplo, cerceamento de defesa como a negativa de acesso aos autos para que o advogado possa preparar a defesa do médico.

Por evidente que o Poder Judiciário irá apreciar a legalidade do procedimento administrativo, isto é, se seu trâmite se deu dentro da legalidade e se foi assegurado todos os meios de defesa para o acusado. Quer dizer, irá verificar a regularidade formal do procedimento. Dificilmente irá adentrar no mérito da

---

<sup>1</sup> Súmula DEJ 010 do Cremesp: “A sindicância é uma forma de procedimentos administrativo, sumário e informal, não acusatório, que tem por finalidade apurar indícios de possíveis irregularidades, não sendo alcançada pelo princípio do contraditório e da ampla defesa insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.”

questão, contudo poderá fazê-lo se houver manifesta desproporção entre a culpa apurada e a sanção aplicada.

Nesse sentido já decidiu o Desembargador Valdemar Capeletti, deixando assentado que “não compete ao Poder Judiciário, que exercita a jurisdição, adentrar a conveniência nem a oportunidade da atividade da Administração quando dedicada a fiscalização inerente ao exercício do poder de polícia. A atribuição do Poder Judiciário é, tão somente, submeter a atividade administrativa ao crivo da constitucionalidade e da legalidade”.<sup>2</sup>

## 5 Prescrição

Assim como em qualquer processo judicial, nos processos ético-disciplinares por desvio de conduta médica, também pode ocorrer a extinção do procedimento, sem julgamento do mérito, em face da prescrição.

De maneira singela podemos dizer que a prescrição é a perda de um direito pelo seu não exercício no prazo determinado em lei. Assim, ocorrido o desvio de conduta ética, nasce para o lesado o direito de apresentar denúncia dos fatos para análise pelo Conselho Regional competente.

Esse prazo é de cinco anos nos termos do Código de Processo Ético-Profissional (Res. CFM nº 1.897, de 17 de abril de 2009), que preceitua: “a punibilidade por falta ética sujeita a Processo Ético-Profissional prescreve em 5 (cinco) anos, contados a partir da data do conhecimento do fato pelo Conselho Regional de Medicina” (art. 60).

Apesar da letra da norma ser clara, fixando o marco inicial para contagem da prescrição como sendo “o conhecimento do fato pelo Conselho Regional de Medicina”, entendemos que há urgente necessidade de revisão dessa norma. O marco inicial para contagem do prazo prescricional deveria ser a data do conhecimento do fato por aquele que sofreu as consequências do erro médico. Manter a atual sistemática é criar um precedente extremamente perigoso que pode significar a eternização da possibilidade de punição, contrariando frontalmente o espírito do instituto em questão. Ademais, conforme preceitua nosso Código Civil, violado um direito, surge a pretensão, que se extinguirá quando não exercitada no prazo fixado pela lei (art. 189). Quer dizer, o marco inicial para o exercício da pretensão, enquanto a faculdade de exigir de alguém uma prestação (ação ou omissão), é o momento da violação de um direito subjetivamente considerado.

Da mesma forma como nos processos judiciais, a prescrição também pode ser interrompida, cujas causas são elencadas no art. 61, quais sejam: I – o conhecimento expresso ou a citação do denunciado, inclusive por meio de edital; II – a apresentação de defesa prévia; III – a decisão condenatória recorrível; e, IV – qualquer ato inequívoco, que importe apuração dos fatos.

---

<sup>2</sup> TRF-4 – 4ª T – ApCiv. 2004.72.00.008771-3/SC – Rel. Des. Valdemar Capeletti, DE 06.05.2008, v.u.

Disciplina ainda o referido Código a prescrição intercorrente ao preceituar que “todo processo disciplinar paralisado há mais de 3 (três) anos, pendente de despacho ou julgamento, será arquivado *ex officio* ou sob requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação (art. 62).”

## **6 É crescente o número de processos contra os médicos por infrações éticas<sup>3</sup>**

Segundo informações do próprio Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), uma estatística realizada no período que compreende os últimos dez anos, constatou um aumento da ordem de 302% na quantidade de processos ético-profissionais contra médicos naquele órgão, todos relacionados a má prática, erro médico ou algumas das diversas infrações previstas no Código de Ética Médica.

Para se ter uma ideia mais clara o número saltou de 1.022 processos no ano de 2001 para 3.089 processos em 2011. Embora a frequência seja cumulativa, não se pode deixar de considerar que todos os anos são abertos novos processos, após a conclusão de sindicâncias; e outros processos são encerrados, após julgamento dos médicos.

Na mesma estatística se pode constatar outro dado preocupante. No mesmo período, os médicos que foram julgados culpados pelo Cremesp, e receberam algum tipo de penalidade, passaram de 246 em 2001 para 444 em 2011, ou seja, um aumento de 180%. Dentre as penalidades mais severas, neste mesmo período foi cassado o registro de 164 profissionais e outros 218 médicos receberam a pena de suspensão do exercício profissional.

Outra constatação feita pela instituição é que tanto o número de processos no Cremesp quanto o número de médicos julgados culpados cresceu mais que o número de médicos em atividade: entre 2001 e 2011 a população de médicos em atividade no Estado de São Paulo registrou aumento de apenas 32%, passando de 80.684 para 106.536 médicos.

Uma das causas apontadas como responsável pelo aumento das penas aplicadas é a má formação profissional decorrente da proliferação dos cursos de medicina no Brasil nos últimos anos.<sup>4</sup> Além da deterioração do ensino da medicina, dois outros fatores foram apontados: o aumento do número de médicos e a maior disposição da população e dos pacientes em denunciar os supostos erros ou a má conduta desses profissionais.

<sup>3</sup> Reportagem publicada pelo Cremesp. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2574>>. Acesso em: 11.10.2012.

<sup>4</sup> Outro levantamento realizado pelo CFM em conjunto com o Cremesp apontou que, entre 2000 e 2010, foram criadas 77 escolas médicas, o equivalente a 42,5% das escolas abertas em dois séculos no Brasil.

## 7 A contribuição do Cremesp para melhoria da qualificação dos médicos: exame final de curso<sup>5</sup>

Uma das fórmulas encontrada pelo Cremesp para tentar controlar a qualidade do ensino da medicina no Estado de São Paulo foi instituir o exame final de curso.

Desde 2005, o Cremesp já realizava provas de caráter opcional, aplicadas aos graduandos de escolas médicas paulistas. Mesmo sendo voluntário e sem interferência na inscrição junto ao Cremesp, o exame se tornou uma proposta inovadora de avaliação externa do ensino médico, deixando transparente para a sociedade a atual precariedade do ensino médico no Estado.

Segundo o Cremesp, quase metade dos graduandos prestes a se iniciar no mercado de trabalho se revelou incapaz de exercer a profissão. Para melhor compreender o quadro de precariedade do ensino, dos 4.821 estudantes que participaram do exame opcional entre 2005 e 2011, 46,7% foram reprovados, significando dizer que revelaram que quase a metade dos graduandos sai das escolas despreparados, sem as mínimas condições de exercer a Medicina.

Essa constatação foi um dos motivos pelo qual foi baixada a Resolução nº 239, que torna obrigatória, a partir de 2012, a realização do Exame como condição para o médico recém-formado obter o registro profissional. A concessão do registro não está vinculada ao resultado obtido na prova, mas sim à sua realização. Quer dizer, mesmo obtendo resultado insatisfatório, isto não impede o registro e, conseqüentemente, o exercício da profissão.

Dentre os fundamentos invocados para justificar a criação do exame cabe destacar que os Conselhos de Medicina têm, por determinação legal, o papel de disciplinadores da prática médica, cabendo a eles “zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente”. Os CRMs são os únicos responsáveis pela emissão da habilitação que autoriza o exercício da Medicina.

Ainda segundo a legislação vigente, os Conselhos Regionais de Medicina poderão exigir dos requerentes os documentos que sejam julgados necessários para a complementação da inscrição no CRM (art. 2º, § 3º, Decreto nº 44.045/58, que regulamentou a Lei nº 3.268/57, Lei dos Conselhos de Medicina).

Ao tornar-se exame obrigatório, o Cremesp inova e cumpre o seu papel de órgão fiscalizador, atento aos anseios da sociedade. E, como não será impeditivo do exercício da profissão, não se poderá falar em ilegalidade, porém terá o grande mérito de tornar transparentes as deficiências e as qualidades dos cursos e de seus alunos.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Conforme notícia publicada no site do Cremesp. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2568>>. Acesso em: 31.07.2012.

<sup>6</sup> Sob o título “Mais da metade dos recém-formados em Medicina no Estado de São Paulo foram reprovados no exame obrigatório”, o Cremesp divulgou em nota no seu site, com o seguinte teor:

Por oportuno, cumpre informar que tramita no Congresso Nacional projeto de Lei de autoria do Senador Tião Viana, cujo texto visa tornar obrigatório o Exame Nacional de Proficiência em Medicina (Projeto de Lei do Senado nº 217, de 2004).<sup>7</sup>

A proposta prevê a alteração do art. 17 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os conselhos de Medicina e dá outras providências, e o art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional para instituir o Exame Nacional de Proficiência em Medicina como requisito para o exercício legal da Medicina no país.

---

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) realizou pela primeira vez, em 11 de novembro de 2012, o Exame do Cremesp obrigatório a todos os formandos de Medicina.

Dentre 2.411 participantes, formados em escolas médicas do Estado de São Paulo, 54,5% foram reprovados no Exame do Cremesp, pois acertaram menos de 60% da prova, ou seja, menos de 71 das 120 questões (Quadro 1). O Exame contou com a presença de 2.525 egressos das 28 escolas médicas paulistas que funcionam há mais de seis anos. Desses, 114 tiveram suas provas invalidadas (disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2715>>. Acesso em: 07.12.2012).

<sup>7</sup> O texto da proposta apresentada é o seguinte:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 17 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art 17. ....

§ 1º Somente poderão inscrever-se em Conselho Regional de Medicina os médicos que, ademais de cumprirem com os requisitos estabelecidos no Regulamento do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina, tiverem sido aprovados em Exame Nacional de Proficiência em Medicina.

§ 2º O Exame Nacional de Proficiência em Medicina será oferecido pelo Conselho Federal de Medicina, pelo menos uma vez ao ano, em todas as unidades federadas do País, nele podendo inscrever-se apenas portadores de diploma de graduação em Medicina.

§ 3º Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde constituem campo de prática para a realização das provas práticas do Exame Nacional de Proficiência em Medicina mediante normas específicas elaboradas conjuntamente pelos Ministérios da Educação e da Saúde.

§ 4º Os médicos já inscritos nos respectivos conselhos regionais de Medicina à data de entrada em vigor desta lei terão suas inscrições convalidadas, estando dispensados da realização do exame de que trata o parágrafo 1º (NR)”

Art. 2º O art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“Art. 48. ....

§ 4º Quando se tratar de diploma de graduação em Medicina, expedido por universidade estrangeira, a revalidação de que trata o § 2º será substituída por certificado de aprovação no Exame Nacional de Proficiência em Medicina de que tratam os parágrafos 1º a 4º do art. 17 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.(NR)”

Art. 3º Esta lei entra em vigor no prazo de dois anos a contar da data de sua publicação.

# Seguro de Responsabilidade Civil por Erro Médico

---

## 1 Notas introdutórias

Conforme assinala com percuciência o magistrado paulista Ênio Santarelli Zuliani, “o sistema continua situando a atividade médica no campo da responsabilidade civil quando, para todo o resto, reserva-se o sentido da reparação civil”. Nesse quadro, responsabilizar não significa necessariamente indenizar, tendo em vista que, para responsabilizar o médico, a vítima necessitará provar a culpa para que eventualmente, sendo condenado, seja ele compelido a indenizar o dano, isto se tiver bens possíveis de serem excutidos. Enquanto que reparar significa priorizar a posição do lesado, atendo-se exclusivamente ao dano provocado, sem perquirição da culpabilidade.<sup>1</sup>

Diante da massificação dos serviços médico-hospitalares no Brasil, da relação médico-paciente que se torna cada vez mais impessoal e da conscientização cada vez mais crescente do cidadão, temos como resultado o aumento da busca por tutela jurisdicional para a reparação de danos por erro médico, cujas proporções vêm aumentando gradativamente ano a ano.

Apesar disso, constata-se que não é da tradição brasileira a contratação do seguro de responsabilidade civil, tanto pelos médicos individualmente considerados quanto pelos hospitais, tanto que a procura por essa modalidade de seguro tem sido baixíssima, mesmo nos grandes e desenvolvidos centros urbanos, apesar de disponibilizados pelas seguradoras há vários anos.<sup>2</sup>

Como bem enfatiza o mestre Carlos Roberto Gonçalves, em magistral obra sobre responsabilidade civil, em outros países é bem difundido o contrato de seguro, de sorte que através dele há uma espécie de socialização dos encargos que

---

<sup>1</sup> Inversão do ônus da prova, *COAD Seleções Jurídicas*, nº 1, p. 12.

<sup>2</sup> Cf. Gustavo Tepedino in *Responsabilidade médica*, p. 313.

recai sobre os ombros da coletividade. No Brasil, o contrato de seguro ainda não é utilizado em larga escala, o que nos remete a uma tormentosa questão: considerando que a indenização deve ser integral e completa, por maior que seja o prejuízo e independentemente do grau de culpa, pode acontecer de um profissional ser obrigado a indenizar altos valores a uma vítima, com o sacrifício de seu próprio patrimônio e sustento. Desse modo e, em muitos casos, para se remediar a situação de um, arruína-se a situação do outro. A solução que se aponta para que se corrija esse inconveniente é o contrato de seguro.<sup>3</sup>

Estes fatos nos mostram que, especialmente em se tratando de erro médico, o dano poderá se eternizar, restando confortar a vítima informado-a de que foi “escolhida pelo destino para purgar a infelicidade”, e que o dano sofrido resulta de uma fatalidade à qual deverá se conformar para sempre. Ora, a ordem jurídica não pode compactuar com esse tipo de situação que revolta o injustiçado e afronta a sociedade como um todo. É preciso priorizar a posição do lesado e preconizar que todo e qualquer dano injusto necessita e deve ser indenizado.<sup>4</sup>

Nessas circunstâncias, a única saída para uma verdadeira e efetiva reparação do dano advindo de erro médico somente será concretizada com a adoção de seguro de responsabilidade civil, como de resto já acontece em diversos outros países do mundo.

## 2 Situação atual do seguro de responsabilidade profissional

Este tipo de seguro é atualmente uma realidade, porém ainda pouco utilizado, em razão da própria cultura brasileira, em que o povo em geral é pouco previdente e, de outro, em razão dos custos que ainda são elevadíssimos.

O assunto ainda é muito polêmico e tem suscitado as mais acaloradas discussões, sendo certo que o maior temor revelado por aqueles que são contra o instituto é que a sua adoção e maior difusão no Brasil possa alimentar a chamada “indústria do erro médico”. E assim pensam tendo como referência o “mau exemplo americano”, onde as condenações por erro médico têm alcançado patamares elevadíssimos. É um grande erro pensar assim, pois a situação médica brasileira é muito diferente da dos Estados Unidos da América, onde a população tem elevado nível de renda, os médicos são muito bem remunerados e os hospitais são mantidos por grandes e poderosas fundações, que, além de recursos próprios, recebem grande aporte de contribuições, inclusive do governo, tendo amplas condições de contratar apólice coletivas de seguro médico. Em resumo: uma população com nível de renda elevado pode pagar bem pelos serviços médicos; o profissional médico bem remunerado pode pagar sem maiores problemas apólices individuais de seguro médico; hospitais com sólida estrutura econômica podem contratar apólices coletivas para o conjunto dos serviços médicos presta-

<sup>3</sup> *Responsabilidade civil*, p. 3.

<sup>4</sup> Ainda com base em Enio Santarelli Zuliani, *op. cit.*

dos; planos de saúde cobram caro de seus associados, mas também remuneram adequadamente o profissional prestador de serviços; enfim, o sistema se autofinancia e alimenta, não servindo, nem de longe, como paradigma para o caso brasileiro.

Diferentemente do modelo americano, na Argentina o sistema funciona bem e apresenta as seguintes características: (a) o médico arca com uma franquia equivalente a 10% (dez) por cento do valor da indenização paga ao paciente lesado; (b) Os contratos possuem a cláusula *claims made*, pela qual o segurador responderá pela indenização, desde que a citação tenha se realizado no prazo da vigência da apólice; (c) mesmo após o fim do contrato e sem renovação, a seguradora assume a responsabilidade de acompanhar as ações propostas no prazo de sua vigência, pelo período de dez anos; (d) existem preços diferenciados, uns mais baratos outros mais caros, dependendo da especialidade médica e dos riscos da atividade; e (e) as apólices não cobrem os casos envolvendo transexualismo, aborto e esterilizações; quebra de sigilo; abandono de paciente; danos genéticos; honorários de advogado se o médico recusar o indicado pela seguradora; enfermidades psíquicas, dentre outras.<sup>5</sup>

É evidente que o seguro de responsabilidade tem seus prós e seus contras, nada mais natural. O que precisa acontecer é que o debate passe a ser conduzido de forma menos emocional e mais racional. Para contribuir com o debate, traremos à colação relação de vantagens e desvantagens, listada por Genival Veloso França.<sup>6</sup> Vejamos.

#### Desvantagens do Seguro de Responsabilidade Civil do Médico:

1. Interfere negativamente na relação médico-paciente.
2. Estimula os processos contra os médicos.
3. Eleva os custos dos serviços médicos.
4. Pode facilitar o erro médico.
5. Facilita a indústria das indenizações.
6. Fornece uma proteção aparente para o profissional.
7. Cria um cenário cativo para o médico.
8. Não cobre o dano moral.

#### Vantagens do Seguro de Responsabilidade Civil do Médico:

1. Melhor modalidade de liquidação do dano.
2. Melhor condição de liberdade e segurança no trabalho.
3. Assegura o equilíbrio social e a ordem pública.

<sup>5</sup> Edmilson de Almeida Barros Jr., *A responsabilidade civil do médico*, p. 170-171.

<sup>6</sup> *Socialização do risco médico*. Disponível em: <[www.geocities.com/HotSprings/Villa/1696/riscomedico.html](http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/1696/riscomedico.html)>. Acesso em: 14.01.2008.

4. Melhor forma de justiça social.
5. Melhor forma de previdência propriamente dita.
6. Livra médico e paciente de processos penosos e demorados.
7. Evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades.
8. Independe da situação econômica do causador do dano.
9. Corrige o aviltamento patrimonial da vítima.
10. Contribui com o superávit do sistema em programas de prevenção do dano.
11. Estimula a solidariedade social.
12. Apresenta falhas, mas tem o maior número de benefícios e vantagens.
13. Corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado.

### 3 Entidades representativas da classe são contra

As entidades representativas da classe médica posicionaram-se contrariamente à adoção desse tipo de seguro no Brasil, argumentando basicamente que os seguros comercializados no país apresentam uma apólice com cobertura limitada, principalmente no que se refere ao dano moral, não eximindo o profissional de colocar em risco seu patrimônio, caso seja condenado ao pagamento de importância acima do que fora contratado. Aduzem, ainda, que os valores pleiteados em Juízo são frequentemente superiores àqueles cobertos pelos seguros.<sup>7</sup>

Além disso, argumentam que não existe previsão para índice de reajustes das apólices desse tipo de seguro, o que tornaria a sua renovação um fato imprevisível e possivelmente deficitário sob o aspecto financeiro, e o pagamento mensal desse produto tornar-se-ia uma despesa permanente e exclusiva do médico, que não teria condição de repassar esse ônus nos seus honorários.

Aludem ainda quanto à morosidade da justiça e a necessidade de manutenção do seguro até o final da demanda, concluindo por afirmarem que as experiências internacionais têm demonstrado que a aquisição desse seguro pela classe médica contribui para o aumento do número de ações, e que isso tem causado também o desinteresse de médicos em atuar em determinadas especialidades de maior risco de envolvimento em processos, deixando a população desassistida.

São argumentos respeitáveis com os quais, com a devida vênia, ousamos discordar, tendo em vista que contratar esse tipo de seguro não significa dizer que ele será obrigatoriamente utilizado, faz-se seguro como uma garantia mínima

---

<sup>7</sup> A Associação Médica Brasileira, o Conselho Federal de Medicina, a Federação Nacional dos Médicos e a Confederação Médica Brasileira assinaram, em 2003, documento conjunto posicionando-se contrários à contratação de seguro de responsabilidade por seus profissionais. Conforme consta do site da AMB, acesso em 14.01.2008, disponível em: <[http://www.amb.org.br/seguro\\_medico.php3](http://www.amb.org.br/seguro_medico.php3)>.

para a eventualidade de danos. De outro lado, contratar seguro não dispensa o profissional de adotar todas as formas possíveis de prevenção desse tipo de ação, principalmente no que diz respeito à sua atualização e capacitação na especialidade à qual se dedica e ao respeito ao seu Código de Ética.

De sorte que o seguro pode ser uma garantia de tranquilidade para o médico no sentido de se ver protegido contra fatalidades que sua profissão pode lhe reservar. Trata-se de uma proteção contra os chamados riscos profissionais, contra acidentes involuntários, que sempre vão existir, mormente tratando-se da medicina, pelo bem maior que ela busca proteger – a saúde e a vida do ser humano.

#### 4 Seguro obrigatório

Informa Irany Novah Moraes que o seguro obrigatório de responsabilidade civil por danos pessoais às vítimas de erro médico foi objeto de Projeto de Lei na Câmara Federal, através do PL 1.709 de 1983, de autoria do então Deputado Nelson do Carmo, porém tal iniciativa não logrou ir adiante em face da violenta reação da Associação Paulista de Medicina, que condenou o projeto em razão de seu caráter discriminatório, pois somente se referia aos médicos, sem menção aos demais profissionais.<sup>8</sup>

Defendendo a adoção de um sistema de seguro obrigatório a ser gerido pela própria classe médica, através de suas entidades representativas, Genival Veloso França afirma que a socialização do risco médico é a melhor forma de atender à justiça coletiva, garantindo-se a efetiva reparação do dano, sendo o único instrumento viável e suscetível de assegurar tranquilidade no exercício profissional e, de outro lado, garantir a mais integral reparação do dano sofrido pela vítima.<sup>9</sup>

#### 5 Notas conclusivas

Na medida em que a sociedade se conscientiza de seus direitos e da não impunidade civil dos comportamentos hostis, agressivos e ilícitos, as pessoas reivindicam respeito à própria dignidade e, como natural, cultuam o valor evolutivo normal da sociedade, o que nos leva a concluir que a responsabilidade tem que ser vista como uma batalha a ser vencida na luta pela mais completa reparação do dano. A ordem jurídica não pode se conformar com o fato de que as vítimas de erros médicos continuem sendo colocadas na escuridão da injustiça – se não morrem, arrastam-se com o peso das sequelas pelo resto de suas vidas.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Erro médico*, p. 47.

<sup>9</sup> *Socialização do risco médico*, op. cit.

<sup>10</sup> Ênio Santarelli Zuliani, op. cit. p. 11.

Nesse quadro, urge modificar a mentalidade dominante e defender a adoção de um modelo de seguro que proteja o médico das incertezas e risco inerente à sua profissão e, de outro lado, garanta a mais efetiva e célere indenização para as vítimas de erro médico.

Não me venham com argumentos de que a existência do seguro contribuiria para deteriorar as relações médico-paciente, ou que o profissional, protegido pelo seguro, passaria a atuar sem a diligência que dele seria normal esperar, ou ainda, que isto estimularia as demandas judiciais a esse título. Esses argumentos não mais convencem. Sabemos que existe no Brasil uma lei que, embora não tenha sido votada pelo Congresso Nacional, encontra-se em pleno vigor que é a chamada “Lei de Gerson”, pela qual todos buscam tirar vantagem de tudo. Isto não nos autoriza a querer colocar todos os cidadãos brasileiros no mesmo patamar. Raciocinar assim é querer pautar a compreensão de tão relevante tema pelos desvios de conduta existentes na sociedade, ou tomar a exceção pela regra.

É importante destacar o fato de que quando contratamos, voluntariamente, um seguro para proteger nosso lar e nossos pertences, por exemplo, não desejamos que o evento roubo ou furto, incêndio ou catástrofes venham necessariamente a acontecer. Da mesma forma quando adquirimos um veículo e contratamos dois seguros: um espontâneo, para proteção do nosso capital investido (seguro do veículo), e outro compulsoriamente, para proteger difusamente o interesse da sociedade (DPVAT), não significa dizer que estaremos autorizados a proceder irresponsavelmente na condução do veículo porque o seguro de danos (tanto o espontâneo quanto o voluntário) não nos autoriza a sair pelas ruas colidindo com os outros veículos, nem atropelando os transeuntes.

O seguro de responsabilidade civil poderia atuar positivamente no sentido de manter a incidência de erros médicos em níveis razoáveis, tanto naquilo que diz respeito ao profissional individualmente considerado quanto ao hospital, clínica ou casa de saúde. Explico: se as seguradoras adotassem, como fazem para outros tipos de seguros, um fator de desconto para cada renovação, que seria regulado pela constatação da inexistência ou da baixa incidência de sinistro indenizáveis, certamente contribuiria para uma melhora na qualidade dos serviços prestados. De outro lado, se a seguradora negar a contratação, ou se somente realizá-la com preços diferenciados para aqueles profissionais ou hospitais que tenham reiteradamente incidido em ilícitos indenizáveis, poderia também estar contribuindo para uma melhor seleção dos bons e maus profissionais e instituições.

De sorte que a contratação do seguro de responsabilidade é, em tese, uma preocupação salutar, tendo em vista que errar é humano e, como os médicos não podem fugir dessa regra, é de esperar que haja a possibilidade de ele vir a errar, e assim ficaria garantida uma cobertura, por mínima que seja, das despesas para reparar o dano ocorrido.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Cf. Irany Honah Moraes, op. cit. p. 568.

# Notas Bibliográficas

---

## Livros

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Coord.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMIM, Agostinho. *Inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

AMARAL JUNIOR, Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, 2. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2012.

ATAZ LOPEZ, Joaquim. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madri: Editorial Montecorvo, 1985.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de proteção do consumidor* (Coord.: Juarez de Oliveira). São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3. ed. Buenos Ayres: Hamurabi, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. v. 3.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DEDA, Artur Oscar Oliveira. *A reparação dos danos morais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 21. (Série Leituras Jurídicas: provas e concursos.)

DIAS, José de Aguiar *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. I e II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- FARIA, Alessandra Gomes de; CABRERA, Heidy de Avila. Eutanásia: Direito à morte digna. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 488-507.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GHERSI, Carlos A. *Derecho y reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- JOSSERAND, Luis. *Derecho civil* (tradução para o espanhol de Santiago Cunchillos y Manterola). Buenos Aires: Bosch Y Cia., 1950. t. I, v. I.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARINS, Jaime. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_ et al. (Coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. II.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. *Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dano moral trabalhista*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dano moral nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: obrigações*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Responsabilidade civil: aspectos processuais*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico*. São Paulo: Santos-Maltese, 1990.

\_\_\_\_\_. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. t. V.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações: generalidades e espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I.

- OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.
- PANASCO, Wanderley Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PANISA, Patrícia. *O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica*. São Paulo: RCS, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.
- PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civil*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Boookseller, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O regime democrático e o direito civil moderno*. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Manual de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I.
- SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico: inversão do ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. Responsabilidade civil do anestesista. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. II.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999 (edição histórica).

\_\_\_\_\_. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

\_\_\_\_\_. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

UYEDA, Massami. Responsabilidade civil do estado. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Coord.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. IV.

WATANABE, Kazuo e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária., 1996.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Daño moral por muerte*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

## Artigos e periódicos

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica* (RJ) nº 231, p. 122-147, jan./1997.

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no código de proteção e defesa do consumidor. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas*, v. 3/85, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. RT nº 797, mar. 2002, p. 11-26.

AZEVEDO, Lílian Oliveira de. Litigância de má-fé. *Revista da Faculdade de Direito Unifacs*, v. 1, p. 239.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade civil do ato médico – ato médico – contrato de meios. *Revista Jurídica* nº 207, jan./1995.

COUTO, Sergio (Coord.). Erro médico e responsabilidade civil médico-hospitalar. *COAD Seleções Jurídicas*, v. 1, 2 e 3, dez./2003, jan./2004 e abr./2004.

FRANÇA, Genival Veloso. Socialização do risco médico. Disponível em: <[www.cro-rj.org.br/fiscalizacao/Socializa%E7%E3o%20dos%20riscos%20e%20danos%20m%E9dicos.doc](http://www.cro-rj.org.br/fiscalizacao/Socializa%E7%E3o%20dos%20riscos%20e%20danos%20m%E9dicos.doc)>. Acesso em: 14 jan. 2008.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, p. 548-559.

MAGRINI, Rosana Jane. Responsabilidade civil do médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Júris Síntese* nº 31, set./out. 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Quem plantou responde judicialmente pelo risco. *Jornal da URFS*, ano VI, nº 66, out. 2003.

MOLD, Cristian Fetter. Apontamentos sobre a lei andaluza de direitos e garantias da dignidade da pessoa durante o processo de morte. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=614>>. Acesso em: 14 out. 2012.

MONTORO, André Franco. Cultura dos direitos humanos. In: *Direitos Humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999. v. 1. (Série Estudos, nº 12)

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. O ônus da prova na culpa médica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, jun./2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. *COAD Seleções Jurídicas*, v. 3, abr./2004, p. 44/76.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos processuais da ação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* nº 4, mar./abr. 2000.

TINANT, Eduardo Luis. *Reflexiones sobre la ley de muerte digna*. Suplemento especial: Identidad de género. Muerte digna. Buenos Aires: La Ley, mayo de 2012.

VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade civil médica. *Júris Síntese* nº 19, set./out. 1999.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da aprova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. *COAD Seleções Jurídicas – Erro médico* (Coord. Sergio Couto), v. 1, dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 21, jan./fev. 2003.

## Fontes de Consulta Jurisprudencial<sup>1</sup>

BIBLIOTECA DIGITAL LEX: Jurisprudência consolidada – Edição em CD-ROM.

COAD Seleções Jurídicas. Erro Médico e responsabilidade civil médico-hospitalar. v. 1, 2 e 3. dez./2003, jan./2004 e abr./2004.

JÚRIS SÍNTESE DVD nº 94, mar./abr. 2012. Edição em CD-ROM.

MAGISTER CONTEÚDO JURÍDICO BRASILEIRO nº 44, jun./jul. 2012 – Edição em CD-ROM.

---

<sup>1</sup> A jurisprudência colacionada na presente obra foi coletada nos repositórios relacionados, exceto nos casos em que foi indicada, na própria emenda, origem diversa.

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO

# MÉDICO

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

É verdade que os médicos salvam vidas, mas a medicina é falível, e os riscos existem em todos os setores. Da mesma forma que é injusto deixar impune o prejuízo do mau desempenho da função, não é justo que se obrigue o médico a pagar pela falibilidade da ciência médica. “Imperioso que se priorize a posição da vítima, pois mesmo frente à comprovação de que o profissional não agiu com culpa, menos culpa terá ela própria pelo infortúnio a que tenha sido exposta”, afirma o autor em uma de suas explanações no Capítulo 3, que trata da culpa e do risco.

Além dessa questão, nesta obra o autor enfrenta os temas mais intrincados e controversos com relação aos riscos inerentes à atividade médica e seus desdobramentos no campo da responsabilidade civil, tema recheado de inquietações e que aguça o espírito dos que creem em justiça do processo civil.

O autor fundamenta sua convicção também em outros aspectos sobre erro de médico e responsabilidade civil pelos danos da culpa profissional, como se verifica na discriminação dos capítulos: Evolução histórica da responsabilidade médica; Responsabilidade civil no direito brasileiro; Da culpa ao risco – evolução da teoria; Dano indenizável; Nexo causal e as excludentes de responsabilidade; Natureza contratual dos serviços médicos; Princípio da dignidade humana e sua proteção jurídica; Responsabilidade civil do médico; Erro médico em cirurgia plástica; Erro médico do anestesista; Responsabilidade objetiva dos hospitais, clínicas e similares; Responsabilidade dos planos de saúde; Questões processuais relevantes; Do processo administrativo disciplinar; Seguro de responsabilidade civil por erro médico.

## APLICAÇÃO

Livro destinado aos profissionais do direito (advogados, defensores, promotores, magistrados) que lidam com o tema responsabilidade civil. Leitura complementar para as disciplinas *Responsabilidade Civil* do curso de graduação em Direito, para os cursos de pós-graduação em Direito que versem sobre direitos do consumidor e direito civil especificamente.

atlas.com.br