

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Responsabilidade civil
decorrente de erro médico**
Civil liability as a result of
medical error

Edilson Enedino das Chagas

Héctor Valverde Santana

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

**O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PER-
CEPÇÃO DOS PROGRAMAS 424**

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS..... 442

Envio dos trabalhos:..... 444

Responsabilidade civil decorrente de erro médico

Civil liability as a result of medical error*

Edilson Enedino das Chagas**

Héctor Valverde Santana***

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a responsabilidade civil decorrente do erro médico, assim como estudar os possíveis avanços da matéria na atualidade. Primeiro, apresenta-se uma visão panorâmica da saúde no Brasil e a necessidade de contar com a suplementação da iniciativa privada na prestação do serviço público de saúde. Em seguida, passa-se ao estudo do erro médico como atividade profissional causadora de dano e a consequente necessidade de sua reparação. Admite-se a factibilidade do erro médico e a violação do dever de cuidado. Discute-se a teoria do diálogo das fontes a fim de encontrar a melhor combinação legal que deva incidir na responsabilização do médico, tudo de acordo com os princípios regentes da proteção do consumidor/paciente. Há abordagem sobre a necessidade da prova da culpa do médico e o afastamento da teoria do risco para a hipótese em questão. Finalmente, realiza-se estudo comparado sobre as dificuldades encontradas pela vítima/paciente para a prova da culpa do médico. Conclui-se que a atividade médica deve ser analisada sob o prisma da responsabilidade subjetiva, não se aplicando ao caso as diversas modalidades da teoria do risco (responsabilidade objetiva).

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Diálogo das fontes. Teorias. Prova.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the civil liability as a result of medical error, as well as to study possible improvements of this subject nowadays. First, an overview of the health system in Brazil is presented, followed by the need of assistance from the private sector in the provision of public health service. Subsequently, the topic of medical malpractice as a professional activity that has the potential to cause damage and its consequent need of compensation is examined. It is accepted the feasibility of medical error and the breach of duty of care. The Theory of the dialogue of sources is discussed in order to find the best legal combination that should be accounted for in the doctor's liability, all in accordance with the governing principles of consumer/patient protection. The article also addresses the need of proving fault of the doctor and the exclusion of the strict liability applied in this case. Finally, a comparative study is carried out about the

* Artigo convidado

** Edilson Enedino das Chagas. Mestrando em Direito e Políticas Públicas, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor de Direito Empresarial e Civil. Juiz de Direito do Distrito Federal e Territórios. Email: edilson.chagas@tjdft.jus.br

*** Héctor Valverde Santana. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade. Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Juiz de Direito do Distrito Federal e Territórios. Email: hectorvsantana@gmail.com

difficulties encountered by the victim/patient to prove fault of the doctor. The paper concludes that the medical activity should be analyzed from the point of view of subjective liability, not applying in this case the diverse modalities of the theory of risk (objective liability).

Keywords: Civil liability. Medical error. “Dialogue des sources”. Theories. Evidence.

1. INTRODUÇÃO

A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal),¹ sendo natural que em um país de dimensão continental como o Brasil, com mais de 190 milhões de habitantes,² haja diariamente milhares de atendimentos médico-hospitalares à população em geral. Trata-se de um serviço público de massa a ser prestado prioritariamente pela rede pública de saúde, uma vez que a iniciativa privada atua de forma complementar ao Estado. A Constituição Federal destinou parcela substancial da arrecadação tributária aos serviços de saúde pública, sendo que essa destinação vincula a Administração Pública e o orçamento estatal.

O Estado brasileiro sempre se mostrou incapaz de prestar os serviços de saúde universais a toda população, razão pela qual conta com o desempenho da atividade privada para se desincumbir desse dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal.³ A legítima expectativa da prestação do serviço de saúde pelo Estado determina que ela seja oferecida de forma eficiente e, supletivamente, à disponibilização de um serviço privado alternativo ou subsidiário.

O Estado e as empresas privadas prestadoras de serviços de saúde (atividade privada ou a serviço do Sistema Único de Saúde - SUS) devem se empenhar na prestação de um serviço eficiente. Caso a empresa privada tenha o interesse de desenvolver atividade econômica em campo complementar ao do serviço público de saúde, deve proceder de forma consciente e séria na atividade que visa desempenhar, tendo em vista a evidente relevância social da área de atividade de saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi idealizado como um “[...] conjunto de relações políticas, econômicas e institucionais responsáveis pela condução dos processos relativos à saúde de uma população”.⁴ O denominado Sistema Único de Saúde (SUS) foi previsto na Constituição Federal (arts. 197, 198, 199 e 200) e, infraconstitucionalmente, estruturado pela Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 8.142/1990 (que regulamentou a participação da sociedade na gestão do Sistema Único de Saúde, bem como as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde).

Os pilares do Sistema Único de Saúde são os princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização, regionalização e hierarquização. Os princípios da universalidade e da integralidade são identificados pela amplitude dos serviços de saúde disponibilizados: do atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos (métodos preventivos e curativos) acessíveis gratuitamente, em perspectiva, a toda a população do país.

Os centros e postos de saúde, os hospitais (incluindo-se os universitários), bem como os laboratórios, hemocentros, os serviços de vigilância sanitária e os institutos de pesquisa (art. 4º, da Lei n. 8.080/1990) integram SUS. Apesar da universalidade almejada, verifica-se, no dia a dia dos pronto-socorros, as vicissi-

1 CF. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

2 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 07 maio 2013.

3 MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 291.

4 SILVA, Silvio Fernandes. *Comparação entre serviços de saúde da Europa e o SUS: pontos para a reflexão da atenção básica*. Disponível em: <http://www.redeamericas.org.br/files/ComparacaoSistEuropeus_SUS.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2010. 14h.

tudes de um serviço público essencial que, não raras vezes, encontra-se carente de infraestrutura adequada (número de leitos insuficientes, dentre outros), de recursos materiais (estoque deficitário de utensílios para higienização, dentre outros) e de profissionais da área de saúde. A situação se torna mais grave quando há necessidade de assistência à saúde longe dos grandes centros urbanos, sistematicamente caracterizada pela completa ausência da prestação de serviços públicos de saúde.

A Lei Orgânica da Saúde prevê a “[...] igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, inc. IV, da Lei n. 8.080/1990), compreendendo uma igualdade material de oportunidades, de incremento do acesso aos serviços de saúde, considerando as históricas desigualdades sociais e regionais existentes em nosso país, sendo que essa otimização no acesso aos serviços de saúde fundamenta-se no princípio da equidade.

A prestação do serviço de saúde é plenamente compatível com a forma de Estado Federal adotada no Brasil, caracterizada pela descentralização político-administrativa dos serviços públicos de saúde. Por essa razão, as competências dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são caracterizadas pela descentralização dos serviços públicos de saúde para os municípios, a regionalização e a hierarquização da rede de serviços públicos à saúde em todo território nacional (art. 7º, inciso IX, alíneas “a” e “b”, da Lei do Sistema Único de Saúde - SUS).

Os princípios da regionalização e da hierarquização devem ser entendidos no sentido de que a prestação dos serviços públicos de saúde deve ser cumprida em graus ou níveis distintos de complexidade. A atenção básica ou primária à saúde, essencialmente preventiva e multidisciplinar, idealmente, deveria cobrir toda população. Os serviços públicos de saúde de maior complexidade, menos frequentes, devem ser prestados à parcela específica da população e quando se mostrarem necessários.

A enunciação e a efetividade dos princípios acima mencionados evidenciam que as estratégias para um serviço público de saúde de qualidade refletem o alcance de um federalismo cooperativo.⁵ Do ponto de vista formal, portanto, o Sistema Único de Saúde (SUS), ideológica e administrativamente, é considerado um modelo adequado de prestação de serviço de saúde.

Para validar e avaliar a concretização do SUS como paradigma, elaborou-se no âmbito do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), em 2008, relatório substancial, comparando o Sistema Único de Saúde (SUS) com os sistemas de saúde adotados na União Europeia. Como pressuposto de análise, se verificou que a Atenção Básica à Saúde no Sistema Único de Saúde (SUS) corresponde à

5 Federalismo cooperativo ou assimétrico, que pressupõe o compartilhamento de competências. Entretanto, ainda que haja competências concorrentes no que diz respeito à gestão e organização do SUS, diante da autonomia dos entes federativos e da execução, preponderantemente, pelos Municípios, em caso de erro médico, nas dependências de hospital conveniado, em nível local, a união não é parte passiva na ação de reparação de danos decorrente de erro médico, conforme o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PROVIMENTO PARCIAL [...] 4. A Lei 8.080/90 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública. Nesse contexto, compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII). Por sua vez, os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). 5. “Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: Compete aos Municípios [...] prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007). 6. A União não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação em que o particular visa ao pagamento de indenização em decorrência de erro médico cometido em hospital conveniado ao SUS.” Recurso Especial 992265/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Denise Arruda. DJe 05/08/2009.

denominada Atenção Primária à Saúde (APS), de acordo com os parâmetros adotados pela Organização Pan-americana de Saúde. Sílvia Fernandes da Silva⁶ registra que o conceito de Atenção Primária à Saúde (APS) identifica elementos estruturais e funcionais que possibilitam a cobertura e o acesso universais, bem como a prevenção e a primeira linha de cuidado.

Entretanto, apesar da coincidência de priorizar a saúde primária, tanto no Brasil quanto na União Europeia, as discrepâncias nos resultados se acentuaram.

2. FALIBILIDADE HUMANA E FACTIBILIDADE DO ERRO MÉDICO

A moderna responsabilidade civil por erro médico busca superar a ideia da prestação do serviço médico como exclusiva relação *intuitu personae*, pois ainda que o médico não organize a prestação de seus serviços empresarialmente, mesmo assim será considerado fornecedor de serviços, diante do enquadramento de sua atividade como elemento objetivo de uma relação de consumo.

No modelo clássico liberal se percebia que a relação médico-paciente se projetava, primeiramente, na reputação do profissional médico, mas que somente se consolidava pela dedicação que pudesse demonstrar a outros entes da família do paciente, processo, às vezes, longo, que não raro percorria algumas gerações. Do ponto de vista jurídico, a relação médico-paciente se aperfeiçoa no contrato de prestação de serviços médicos, pautado pela autonomia da vontade, sendo que esse princípio atualmente tem as limitações de aplicabilidade introduzidas pelo microsistema de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/1990). A quebra desse paradigma contratual clássico, por outro lado, ocorreu gradativamente, com o avanço da medicina, cada vez mais especializada, a reclamar a associação dos profissionais de saúde.

Os planos de assistência privada à saúde (planos de saúde) surgiram paralelamente ao Serviço Público de Saúde, com intuito de congrega profissionais conveniados de diversas áreas do conhecimento da medicina. Os serviços médicos não são mais preponderantemente contratados com base na confiança do paciente no médico, no talento profissional dele, mas sim por imposição do mercado, pela necessidade de usufruir de assistência à saúde não disponibilizada satisfatoriamente pelo poder público.

José Eduardo Barbieri⁷ adverte para a mudança de paradigma na contratação de serviço médico, pois o médico da família, conhecedor de todos os históricos dos integrantes do núcleo familiar deu lugar a outra geração profissional. Atualmente a relação médico-paciente é caracterizada pela impessoalidade, às vezes, o paciente sendo chamado pelo nome da própria doença, fator que provoca o descrédito da atividade médica. Alie-se ao fato de que a imprensa divulga, às vezes, de forma sensacionalista os erros médicos, estabelecendo comparação com o antigo cirurgião grego Arcagato de Esparta, considerado o médico-carniceiro.

A reforçar a ideia de que os serviços em geral, dentre eles os serviços médicos, são reflexos de uma produção em série, pautada e condicionada, predominantemente, pela lei da oferta e da procura, Luis Antônio Rizzatto Nunes⁸ observa que a revolução industrial provocou o surgimento dos aglomerados urbanos, que tornaram a vida social mais complexa e motivaram a implantação de um sistema econômico mais elaborado, passando da produção artesanal e consumo individual para a produção e consumo em série ou massificado.

O século XXI é marcado por uma nova revolução, especialmente em razão da utilização da rede mundial de computadores (internet), com grande fomento do comércio eletrônico, o *marketing* agressivo, paralelamente aos avanços da medicina para a cura (que passou a adotar métodos equiparáveis à produção industrial

6 SILVA, Sílvia Fernandes. *Comparação entre Serviços de Saúde da Europa e o SUS*: Pontos para a reflexão da Atenção Básica. Disponível em: < http://www.redeamericas.org.br/files/ComparacaoSistEuropeus_SUS.pdf>. Acesso em 24 de abr. 2010. 14:00.

7 BARBIERI, José Eduardo. *Defesa do médico (Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Editora de Direito, 2008. p. 16.

8 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155.

em série). Resultou, pois, no incremento da medicina de consumo, não para o doente, e, sim, para o são, para fins de “embelezamento”, de que são exemplos até alguns *reality shows*.⁹

Se passíveis de indenização os erros médicos em casos de acidente de consumo, em que não se promete resultado algum, igualmente são indenizáveis os erros médicos relacionados a tais acidentes, posto que se convence o paciente/consumidor a uma intervenção cirúrgica, na expectativa legítima de determinado resultado. Aqui não se trata de contrato aleatório, não se adquire somente a esperança de que, eventualmente, aquele resultado venha materializar-se. Ao contrário, confia-se e se tem como natural o adimplemento daquilo que foi prometido.

O Conselho Federal de Medicina reagiu ao que se denomina “medicina mercenária”. O Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1931/2009)¹⁰ veda expressamente a permissão do médico para a divulgação nos meios de comunicação de sua participação em assuntos médicos sem que tenha caráter exclusivamente de informação e educação da sociedade, bem como proíbe a divulgação de assuntos médicos de forma sensacionalista, dentre outros.

Ainda que não existam estatísticas oficiais no Brasil sobre erro médico, possível inferir, atuarialmente, por projeção, diante da generalização dos serviços médicos, a factibilidade cada vez mais crescente quanto a sua ocorrência. Luis Antônio Rizzato Nunes¹¹ ensina que a sociedade de massas é caracterizada pela produção em série, resultando na impossibilidade de assegurar que o produto ou serviço final não terá qualquer anomalia (vício ou defeito).

Estudo científico realizado em 2007 nos Estados Unidos¹² aponta para o aumento do número de casos de erros médicos, porém há dificuldade na uniformização das informações em razão da diversidade de critérios adotados pelos pesquisadores. Reconhece-se que, em razão do alto número de intervenções realizadas nos pacientes, há grande possibilidade de incidência de erro médico, a exemplo do paciente em unidade de tratamento intensivo que recebe, em média, 178 intervenções por dia. Entretanto, considerando a ocorrência de 1,7 erro por paciente diariamente (1% do total de intervenções), chega-se à conclusão de que a eficiência nesse tipo de procedimento é de 99%. Cuida-se de pequena margem de erro (1%); mas, se comparada a outros setores como a produção industrial e a prestação de serviços, essa taxa se mostra inadequada. O referido estudo aponta que, nos Estados Unidos, aproximadamente um milhão de pacientes são vítimas de danos diversos com drogas (administradas por profissionais de saúde), com 140.000 mortes (anualmente).

Sem dúvida, conforme as projeções acima, se há risco de erro médico na simples prescrição de medicamentos, inegável haver risco de intercorrência ou insucesso inerente a qualquer intervenção cirúrgica.¹³ Ruy Rosado de Aguiar Junior¹⁴ destaca que a doutrina francesa não faz distinção entre a responsabilidade civil

9 Há quase uma década, a TV fechada tem apresentado seriados que ultimaram por banalizar as cirurgias plásticas, preponderantemente estéticas. O “Extreme Makeover” (Reconstrução Total) do canal Sony e, mais recentemente, o “Dr. Hollywood”, já exibido pela TV aberta no canal Record, podem ser mencionados como exemplos. Nessa mesma linha, a equipe da Rádio Jovem Pan lançou a campanha promocional “Ovo frito nunca mais” em que exibe, em uma fotomontagem, uma moça com compleição física a denotar seios pequenos, tanto que substituídos por ovos fritos, achatados, incitando as mulheres que tenham biótipo semelhante à cirurgia plástica, com a seguinte chamada: “Faça agora o seu cadastro aqui no site e envie a sua foto* (do busto vestindo biquíni ou top) e responda a seguinte pergunta ‘Por que eu mereço turbinar minha comissão de frente?’. A resposta mais criativa leva 6 mil reais** para dar uma turbinada no seu look!” Disponível em: < <http://jovempnf.m.com.br/promocao/input/ovofrito1.php> >. Acesso em: 27 abr. 2010, às 22h..

10 Resolução Conselho Federal de Medicina n. 1931/2009. “Capítulo XIII. É vedado ao médico: art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade. “Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.”

11 NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155.

12 Edição 532. Matéria publicada em 10 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.brasiliaemdia.com.br/ApresentaSite.asp?o=100&t=1871>>. Acesso em: 27 abr. 2010. 2h.

13 POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 3.

14 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília*, Brasília, n. 5, p. 151-192, jan./jun. 2000.

do médico decorrente de obrigações de meio e de resultado, responsabilidade que na França será sempre apurada subjetivamente.

Ponto controverso na doutrina e na jurisprudência é quanto ao risco de erro profissional na cirurgia estética idêntico às demais intervenções médicas. A conclusão de que constituem riscos distintos não invalida a relevância da questão para o direito privado em geral. Entretanto, ainda que alguns queiram restringir a responsabilidade civil do médico à esfera contratual,¹⁵ a de se ver que, independentemente, da espécie de contrato escolhida para enquadramento do serviço prestado como fonte de obrigações (mandato, empreitada, locação de serviços, inominado ou multiforme), a Lei n. 8.078/1990 (art. 14, § 4º), o Código de Defesa do Consumidor, mais de uma década antes da vigência do atual Código Civil, já havia estabelecido, em casos de acidentes de consumo, a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais (de que são exemplos clássicos os médicos), “mediante a verificação de culpa”.

Não só na “medicina para a cura”, vinculada aos acidentes de consumo, mas também na “medicina estética”, o risco existe. Porém, na “medicina estética”, há expedientes para mensurá-la e reduzi-la a níveis aceitáveis. Caso contrário, tornar-se-ia inviável o desenvolvimento de serviços médicos envolvendo obrigações de resultado, das quais são exemplos as cirurgias plásticas embelezadoras.

3. NECESSÁRIO DIÁLOGO DAS FONTES

A doutrina e a jurisprudência têm encampado a necessária convivência entre diplomas legais concorrentes, por exemplo, em relação a contratos de planos de saúde. Há legislação específica a tratar desse tipo de negócio jurídico (art. 15 da Lei n. 9.656/1998 – Lei dos Planos de Saúde). Nos casos de contratos de consumo nos quais são constatados reajustes diferenciados em razão da idade dos consumidores-contratantes, salientando a natureza peculiar desses negócios *cativos* e de *trato sucessivo*. Entretanto, objetivando a coordenação da aplicação do disposto no art. 15 da Lei dos Planos de Saúde, admissível verificar, nos casos concretos, se tais reajustes não caracterizam o abuso de direito e o desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva (art. 187 do Código Civil e arts. 4º, inc. III e 51, inc. IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor).

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor se faz necessária porque um dos contratantes, sobretudo em se tratando de consumidor pessoa física, por presunção legal, será a parte mais fraca, vulnerável do contrato de prestação de serviços médicos (art. 4º, I, da Lei 8.078/1990). Além disso, há consumidores hipervulneráveis, dentre os quais as crianças e os idosos. Entende-se que está autorizada a discriminação positiva, potencializada pela convergência dos estatutos próprios. Leonardo de Medeiros Garcia¹⁶ informa precedentes do Tribunal do Rio Grande Sul e do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ que adotaram o diálogo das

15 PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 86.

16 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor (Código comentado e jurisprudência)*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 89.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre

fontes entre o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), “[...] conjuntamente, de modo a evitar o aumento abusivo de mensalidades, principalmente àqueles consumidores que completam 60 anos”.

Cláudia Lima Marques¹⁸ foi a responsável pela divulgação no Brasil do referido diálogo das fontes, com base na doutrina alemã. De forma bastante didática, subdivide o referido diálogo em níveis de otimização, para superar as ortodoxas formas de superação dos eventuais conflitos de leis no tempo (especialidade em sentido estrito, anterioridade e hierarquia). Reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor, como legislação prioritária, sempre que em dado negócio jurídico se identifique em um dos polos da relação jurídica um profissional, fornecedor de produtos ou serviços e, do outro, como destinatário final de tais produtos e serviços, sujeito vulnerável. A vulnerabilidade pode ser fática (pelo amesquinhar do direito de escolha, já que existem serviços que são oligopólios), técnica (o consumidor não detém controle sobre as informações e dados específicos dos produtos e serviços produzidos no mercado) ou jurídica (pela imposição das avenças mediante contratos de adesão).

Entende que o Código de Defesa do Consumidor é um conjunto de normas elaborado para sujeitos de direito desiguais, para diferentes, exatamente por concretizar o projeto constitucional que tornou a defesa do consumidor como um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal). O Código Civil é aplicável entre sujeitos iguais, quando não se verifica a disparidade de tratamento evidenciada pelas várias faces do princípio da vulnerabilidade. O Código Civil disciplina uma relação jurídica entre sujeitos iguais. Saliente-se, ainda, que essa paridade pode ser observada entre empresários, o que reclamará a aplicação da legislação específica e própria do Direito Comercial (Empresarial).

A exemplificar um “diálogo” de reciprocidade ou complementaridade de conceitos, entende-se que o risco da atividade criado pelo fornecedor (art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor), figura que se aproxima do empresário em sentido amplo (arts. 966 c/c 982, do Código Civil) impõe, para a facilitação da prevenção e da reparação de danos aos consumidores, responsabilidade civil objetiva e solidária.

Nos serviços médico-hospitalares prestados por pessoas jurídicas de direito privado, ainda que desenvolvam suas atividades sem a expectativa do lucro como fim principal (cooperativa), mantém-se a regra de responsabilizar-se objetivamente o fornecedor (leia-se independentemente da perquirição de dolo ou culpa) por eventuais vícios de qualidade (incidentes do mercado de consumo massificado) ou, mais grave, anomalias funcionais que acarretem danos à saúde e à segurança do consumidor (acidentes de consumo).

A pessoa jurídica faz materializar a sua vontade por intermédio de seus sócios ou cooperados, bem como exterioriza o desenvolvimento de sua atividade, por meio dos atos de seus prepostos ou empregados. Há médicos conveniados e também médicos empregados. Ainda que eventual dano seja causado por médico preposto, nesse caso, parceiro empresarial da pessoa jurídica ou, minimamente, terceiro interessado no sucesso da atividade coordenada ou gerenciada pela referida pessoa jurídica, a responsabilidade objetiva é mais consentânea com o projeto constitucional traçado para a defesa do consumidor.¹⁹

ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial 989.380/RN. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe de 20 de novembro de 2008.

18 MARQUES, Cláudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 117-132.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. civil e processual. ação de indenização. erro médico. cooperativa de assistência de saúde. legitimidade passiva. CDC, ARTS. 3º E 14. I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado. II. Recurso especial não conhecido.” Recurso Especial 309760/RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ 18/03/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “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;

Ruy Rosado de Aguiar Junior²⁰ observa que há necessidade de divisar eventuais responsabilidades entre os profissionais, pessoas físicas e pessoas jurídicas, quando se tratar de medicina coletiva. Logo, se possível afastar a relação de preposição ou subordinação, entre o médico, a quem imputado o erro causador do dano, e a pessoa jurídica, hospital (por hipótese), que tenha possibilitado a infraestrutura para a realização de uma intervenção cirúrgica por aquele, sem que se vislumbre concorrência da pessoa jurídica para o infortúnio do paciente, será afastada a solidariedade e também a responsabilidade objetiva. Remanescerá a possibilidade de se responsabilizar o médico pessoalmente. Porém, nessa hipótese, aplicar-se-á o disposto no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor ou, por similitude, o disposto no art. 951, do Código Civil,²¹ ou seja, deverá ser demonstrada a culpa do médico, para que se possa alcançar êxito em eventual ação indenizatória.

Insiste-se na priorização da aplicação do disposto no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos serviços pessoalmente prestados pelo médico, pois inexistente razão para que não seja considerado exemplo típico de profissional liberal.

é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido.” (Recurso Especial 200831/RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 20/08/2001. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” Recurso Especial 467878/RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. DJ 10/02/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLENTICULAR – RETINOPATIA DO NASCITURO - CRIANÇA COM PERDA DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL “A QUO” - SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE. I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório. II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospitalar, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes. III - Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos. IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso. Agravo regimental improvido.” Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1092134/SC. Terceira Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe de 06/03/2009.

20 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília*, Brasília, n. 5, p. 164, jan./jun. 2000.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda provido.” Recurso Especial 908359/SC. Segunda Seção. Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha. DJe 17/12/2008.

O conceito de empresário (explicitamente referenciado no art. 966 do Código Civil) se aproxima do conceito de fornecedor (art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor). Entretanto, ressalte-se, não há plena coincidência. A interpretação do art. 966 do Código Civil permite contextualizar o empresário como aquele com talento e coragem para concatenar os denominados fatores de produção (capital, insumo, mão de obra de outrem e tecnologia) e com profissionalidade, habitualidade, motivado pela expectativa de lucro, dedica-se à produção, à distribuição e à comercialização de produtos e serviços.

O profissional liberal, de que é exemplo o médico, quando se lança ao exercício individual de sua especialidade, também organiza os fatores de produção, anteriormente mencionados. Porém, ao menos teoricamente, no exercício de sua atividade, deveria prevalecer sobre a preocupação econômica a realização de outros valores, mais especificamente, “a saúde do ser humano”, conforme estabelece como princípio geral do Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução n. 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina, cap. I, inc. II). Registre-se que há disposição semelhante no Código Internacional de Ética Médica (1949), que, segundo José Eduardo Barbieri,²² dispõe: “[...] o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana”, acrescentando que a Declaração dos Princípios Éticos dos Médicos para o Mercosul (1995) enuncia como primeiro mandamento, correlacionado ao exercício profissional, a atenção que o médico deve dar à saúde do ser humano.

Ronald Amaral Sharp Junior²³ salienta que nas atividades econômicas que não se inserem como empresariais, como nas profissões liberais, em que predomina a intelectualidade, haverá o afastamento da empresarialidade, com a conseqüente exclusão dos profissionais liberais do regime empresarial.

Os enunciados 193, 194 e 195, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal referendam o mesmo entendimento.²⁴ À obviedade, se não houver como caracterizar o profissional liberal como empresário, consoante as disposições do Código Civil, não há responsabilidade objetiva por eventuais danos que venha a causar no exercício de sua atividade. A interpretação extensiva e *a contrario sensu* do art. 931 do Código Civil reforça a conclusão retro.

Os serviços médicos se lançam essencialmente à preservação da saúde, direito difuso, de interesse geral, cuja intercorrência médica que se configure em acidente de consumo somente será indenizável pelo profissional se no respectivo processo judicial restar demonstrada sua culpa no evento. Trata-se de regra excepcional, e, por tal razão, merece interpretação restritiva.

Quando a atividade do profissional liberal caracterizar acidente de consumo, a apuração de sua responsabilidade será subjetiva (pois se cuida de exceção ao regime geral de responsabilidade civil do fornecedor disposto no Código de Defesa do Consumidor).

Verifica-se a distinção entre duas situações jurídicas, a dicotomia entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado.²⁵ Os serviços médicos se lançam usualmente à prevenção e à recuperação da saúde do paciente/consumidor, no exercício da medicina para cura, em que as obrigações do profissional corresponderão aos meios ao seu alcance para tanto quanto possível suprir as expectativas do paciente/consumidor, sem, entretanto, garantir o sucesso ou a eficácia do tratamento ou do resultado positivo de eventual intervenção cirúrgica.

Em caráter excepcional, poderá ser firmado o compromisso quanto à concretização de um resultado anunciado, em perspectiva, almejado, e no exercício da medicina que se ousou chamar de medicina para o consumismo, medicina para o são, medicina para o embelezamento.

22 BARBIERI, José Eduardo. *Defesa do médico (Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Editora de Direito, 2008. p. 44.

23 SHARP JR, Ronald Amaral. *Aulas de direito comercial e de empresa*. Rio de Janeiro: Campus, 2007. p. 19-20.

24 Enunciados da III Jornada de Direito Civil do CJF. **193** – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa. **194** – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida. **195** – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

25 OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 70.

Nessa hipótese, a obrigação será de resultado.²⁶ Se o resultado for alcançado, devidamente restará cumprida a avença. Entretanto, se frustrada a legítima expectativa do consumidor quanto ao resultado do serviço, natural que o paciente/consumidor se proponha a postular a reparação dos danos sofridos pelo profissional médico. Saliente-se que, no processo judicial, o autor/paciente/consumidor tem que demonstrar a conduta (culposa) do médico, o nexo de causalidade e o dano.

Ainda que haja dissenso jurisprudencial acerca do tema, o entendimento dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de cirurgia predominantemente estética, pelo risco do insucesso, deve responder o médico subjetivamente.²⁷

O Conselho Federal de Medicina inseriu no Código de Ética Médica que “[...] a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. Cuida-se de equívoco normativo, porquanto a relação de consumo está estabelecida em Lei Federal (Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990), que prevê a sua incidência obrigatória aos fornecedores de produtos e serviços, inclusive os profissionais liberais (arts. 2º, 3º, § 2º e 14, § 4º). É noção elementar em face da hierarquia das normas jurídicas de que uma norma administrativa não pode revogar disposição legal. O Código de Ética Médica foi editado mediante resolução do órgão de classe, espécie normativa de hierarquia inferior à lei ordinária, portanto não se prestando a derogar dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que por sua vez regulamenta um direito fundamental – art. 5º, inc., XXXII, da Constituição Federal.

4. TEORIAS CIVILISTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Miguel Kfoury Neto²⁸ sustenta que a responsabilidade civil do profissional da medicina deve ser aferida de forma subjetiva, ou seja, a culpa dele deverá ser demonstrada, na modalidade de dolo ou de culpa *stricto sensu*. O Código Civil admite responsabilidade sem culpa, objetiva, no art. 927, parágrafo único, mas tal disposição não se aplicaria à atividade médica. O art. 951 do Código Civil, ao dispor sobre as sequelas que podem atingir a vítima e a respectiva indenização, prevê que o dever de reparar dependerá de uma conduta negligente, imprudente ou imperita de quem exerça profissionalmente a atividade. Argumenta que não se deve impor aos profissionais da saúde, agentes de atividade cujo risco é inerente, a adoção da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco criado. A responsabilidade do médico, em regra, continuaria sendo subjetiva.

Sílvio Rodrigues²⁹ destaca que a responsabilidade civil somente poderia ser subjetiva (fundada na culpa) ou objetiva (que desconsidera a culpa e se funda na teoria do risco), não havendo outras espécies, mas sim, outras maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.³⁰ Identifica-se, dentre os civilistas, a corrente subjetivista, a salientar a exigência da demonstração da culpa, que por sua vez teria lastro moral,

26 MATELLO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 60.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 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 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. Recurso Especial n. 985888/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e 13/03/2012.

28 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27 e 61-62.

29 FALTA REFERÊNCIA!

30 RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

pois o médico sentir-se-ia responsável e obrigado a reparar dano causado por ato culposo seu, em situação em que houve previsibilidade, reconhecendo-se responsável.

Miguel Maria de Serpa Lopes³¹ ensina que há duas modalidades de responsabilidade objetiva: a) teoria do risco proveito (quem tem proveito econômico com a atividade lucrativa, deve reparar os danos decorrentes dela); b) teoria do risco criado (pelo simples fato de agir, o homem cria riscos para os demais, por isso deve responder pelo dano causado).³²

A obrigação de reparar o dano sempre existirá, ocorra ela dentro ou fora do contrato. A obrigação do médico, ao assistir o paciente, é de meio (salvo as exceções acima expostas) e não de resultado. A atividade contratada é o objeto do contrato, e não o resultado dela, tendo o médico que se esforçar para obter a cura, mesmo não a conseguindo. Apesar da natureza contratual da relação entre médico e paciente, não se presume a culpa pela ausência do resultado, já que o profissional não se compromete a isso, mas sim de proceder conforme as regras e os métodos de sua profissão.

Em sentido contrário, também para os civilistas, excepcionalmente, a atividade médica poderia corresponder a uma obrigação de resultado, na qual se enquadra a cirurgia plástica estética propriamente dita (pois seria similar a um contrato de empreitada ou de transporte). Em tais hipóteses, o que se negocia é o resultado, sem o qual não cumprida satisfatoriamente a avença.

Quanto à extensão e quantificação dos danos, merecem lembrança os arts. 944 e 945, do Código Civil, pois o grau da culpa volta à tona, para, em perspectiva, evidenciar: a) a excessiva desproporção da gravidade da culpa com a extensão do dano, podendo reduzir o valor do ressarcimento; ou, b) a concorrência de conduta culposa da vítima para a verificação do evento danoso influenciará na fixação do valor do ressarcimento, considerando a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor.

Miguel Kfourri Neto³³ considera mais justa tal aferição, pois a fixação do valor ressarcitório levaria em conta a gravidade da imperícia, da negligência e da imprudência na atividade do profissional médico. A culpa, ainda que levíssima, determinaria a responsabilidade civil, enquanto sua gravidade determinaria o *quantum* indenizatório.

5. PROVA DO ERRO MÉDICO NO DIREITO COMPARADO

A legislação brasileira exige a demonstração da culpa do profissional; contudo, em outros países, há facilitação para a atividade probatória da culpa médica por parte da vítima. Ressalte-se a ideia da moderna responsabilidade civil quanto à prevalência dos interesses da vítima, garantindo a efetiva reparação dos danos, acentuando-se a tendência da objetivação com a adoção da teoria do risco e a flexibilização das teorias clássicas acerca do nexo causal.

A doutrina indica diversas teorias sobre a prova do erro médico. Miguel Kfourri Neto³⁴ esclarece que a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) decorre da jurisprudência francesa a partir de 1965 e visa facilitar a tarefa da vítima em provar a culpa do agente causador do dano. O juiz francês não indaga se o médico agiu com culpa, mas a perda da oportunidade de tratamento ou cura já é suficiente para caracterização da responsabilidade do profissional médico, ao fundamento de que a indenização não é quanto ao prejuízo final, mas a chance perdida de continuar vivo ou de ser curado.

31 FALTA REFERÊNCIA!

32 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 200.

33 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76.

34 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64-69.

A teoria da *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si) é adotada em parte dos Estados Unidos e no Canadá. Assemelha-se às presunções judiciais de culpa. Decorre da presunção de que o médico agiu com negligência, pelo fato de esquecimento de objetos no corpo do paciente, danos à parte saudável do corpo, remoção equivocada de uma parte do corpo, dentes que caem na traqueia, dentre outros. A formulação da teoria da *res ipsa loquitur* parte do “direito de evidência circunstancial”, aplicando-se quando não há evidência de como ocorreu o dano. Assim, acredita-se que não teria ocorrido o dano se não houvesse culpa, ou recai a responsabilidade sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente.

A teoria da carga probatória dinâmica sustenta que a distribuição prévia ou estática do ônus da prova pode resultar em manifesta injustiça em determinados casos concretos. Em situações específicas uma parte tem muita facilidade para provar um determinado fato, enquanto a outra parte da relação jurídica processual tem extrema dificuldade para demonstrar o fato probando.³⁵

Leonardo Medeiros Garcia³⁶ ensina que houve adoção pelo Código de Defesa do Consumidor da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que o juiz poderá inverter o ônus da prova, desde que presentes os requisitos da alegação verossímil e a hipossuficiência do consumidor. Por sua vez, o Código de Processo Civil prevê a distribuição estática do ônus da prova, conforme art. 333, o qual estabelece abstratamente o ônus da prova. Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor não regula a distribuição do ônus da prova, mas tão somente a sua inversão.

Quanto à prova do erro médico, nas hipóteses de acidente de consumo, ainda que a lei brasileira exija do autor-consumidor, em princípio, a demonstração da culpa do médico-prestador do serviço, o consumidor-paciente poderá ser beneficiado com o deferimento da inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990). Trata-se de direito básico, mas que não tem aplicação automática nas lides de consumo. A inversão do ônus da prova demanda a presença de requisitos a serem aferidos pelo julgador, caso a caso. A lei consumerista prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação apresentada na petição inicial é verossímil ou se constatada a hipossuficiência do autor consumidor.

O art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, positivou no ordenamento brasileiro a teoria das cargas dinâmicas e compartilhadas do Direito argentino. Segundo José Eduardo Barbieri,³⁷ a teoria da carga dinâmica da prova teve como finalidade principal evitar o rigor da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, bem como buscar alcançar a verdade material e atuação das partes baseada na boa-fé.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regra geral da responsabilidade civil decorrente de erro médico demanda a prova pelo ofendido da culpa individual do profissional, o médico, sendo que, em hipóteses excepcionais, é possível admitir a presunção de culpa nos casos de obrigação de resultado, a exemplo das cirurgias estéticas (embelezamento), exames de laboratório e radiologia, dentre outros. A responsabilidade objetiva das instituições de saúde (hospitais e clínicas) é caracterizada pelo risco da atividade. O médico, mesmo havendo subordinação profissional, continua respondendo subjetivamente, sempre exigindo a prova da culpa para que o dever de reparar o dano lhe seja imputado.

Por outro lado, do ponto de vista da proteção do consumidor, ressalta-se que há mecanismos hábeis a combater o erro médico, principalmente o erro relacionado à medicina do consumismo. É atual a discussão sobre a minimização dos erros médicos na medicina do consumismo, pois, em perspectiva, pode-se prediz-

35 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado – avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 190-194.

36 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor (Código comentado e Jurisprudência)*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p 71-72.

37 BARBIERI, José Eduardo. *Defesa do médico (Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Editora de Direito, 2008. p. 120.

er como tendência, no Brasil, de um aumento das ações de reparação civil em consequência de intervenções cirúrgicas com resultados insatisfatórios.

Percebe-se que a doutrina e a jurisprudência, diante da inevitabilidade do erro médico, têm que buscar a preservação do exercício da atividade dos médicos (fornecedores, prestadores de serviços) e as legítimas expectativas de seus pacientes (consumidores). A atividade médica implica, naturalmente, em riscos ao paciente, cuja compensação (do risco) poder-se-ia minimizar com a adoção de contratação de seguro-saúde. Tal providência, ainda que encareça os honorários do profissional médico, a serem suportados por seus eventuais pacientes, poderá atender aos interesses das vítimas de erros médicos e viabilizar o propósito moderno da responsabilidade civil que é a plena reparação dos danos sofridos pela vítima, sem a necessidade de promover complexas demandas judiciais que o tema envolve.

A imputação de responsabilidade objetiva ao profissional médico é fator de desestímulo à relevante atividade que se destina à assistência ao paciente. Mostra-se, então, mais equilibrado, ao menos nesse estágio da evolução da medicina, inclusive quanto ao anseio de alcançar um padrão de beleza estética, um aprofundamento na análise da culpa, todavia se permitindo a inversão do ônus da prova naquelas intervenções médicas em que se configura a obrigação de resultado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília*, Brasília, n. 5, p. 151-192, jan./jun. 2000.
- BARBIERI, José Eduardo. *Defesa do Médico (Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Editora de Direito, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor (Código comentado e jurisprudência)*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado – avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2007.
- PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, Silvio Fernandes. *Comparação entre Serviços de Saúde da Europa e o SUS: Pontos para a reflexão da*

Atenção Básica. Disponível em: < http://www.redeamericas.org.br/files/ComparacaoSistEuropeus_SUS.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2010. 14h.

SHARP JR, Ronald Amaral. *Aulas de direito comercial e de empresa*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.