

---

## RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: BREVES CONSIDERAÇÕES EM FACE DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### Civil Liability For Medical Malpractice: Considerations About Recent Decisions Of The Brazilian Superior Court Of Justice

---

Glenda Gonçalves Gondim<sup>\*</sup>  
Renata Carlos Steiner<sup>\*\*</sup>

**RESUMO:** A responsabilidade civil médica é tema corrente em discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Uma das principais controvérsias é aquela que tenta conciliar a natureza da obrigação médica, compreendida normalmente como obrigação de meios, e não de resultados, e a responsabilidade objetiva presente no Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro. Em suma, reconhece-se que a prestação de atividade médica por entidades hospitalares, clínicas ou equiparadas, obedece aos preceitos do CDC, enquanto este mesmo diploma excepciona a regra da responsabilidade objetiva à prestação de serviços por profissionais liberais. Exatamente porque o profissional da saúde não pode comprometer-se com o evento cura, pois sua obtenção foge à álea do prestador, exige-se a comprovação do elemento subjetivo culpa, nas suas vertentes negligência, imprudência ou imperícia, para a responsabilização do médico. Ocorre que a exceção legal diz respeito, exclusivamente, a privilégio do profissional liberal, não havendo razões, em princípio, para ser estendida também à pessoa jurídica que tenha por objeto social a prestação de serviços médico-hospitalares. Por outro lado, aplicar em todos os casos a responsabilidade objetiva do hospital prestador de serviços, sendo certo de que se enquadra no conceito de fornecedor, conduziria à constatação de que o nosocômico responderia sempre pela ocorrência do resultado cura, transmutando a obrigação médica em efetiva obrigação de resultado. O presente texto, partindo de tais considerações, procura traçar parâmetros de conciliação de ambos os preceitos, tomando como norte o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, analisado à luz da doutrina que trata do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil médica; relação de consumo; responsabilidade do profissional liberal.

## INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil médica é corrente na doutrina e na jurisprudência pátrias, já tendo sido amplamente discutido. A temática, no entanto, não pode ser tida por

**ABSTRACT:** The civil liability for medical malpractice is a frequently debated subject in the legal doctrine and legal decisions. One of the most controversial points is the conciliation of the medical obligation's nature - usually defined as an obligation of ways, and not of results - with the objective liability that is founded in the Brazilian Consumers Code (CDC). In general terms, it is recognizable that hospitals, clinics or similar institutions are ruled by the CDC, but this same legal statute excepts the objective liability of the liberal professional, such as the doctors. The reason for that is due to the fact that the patient's cure is a fact that cannot be demanded from the physician, since its occurrence depends on factors that are not directly or totally related to the medical service. This legal exception affects only the liberal professional, which means that, in a first look, it cannot be extended to the legal person that has as object the hospital-medical care. On the other hand, if the objective liability is enforced in all cases, considering that the hospital is, in fact, a supplier of services, the medical obligation would be transformed into a real result obligation, since the hospital would be responsible in almost all the cases in which the cure of the patient does not take place. The following text, taking as paradigm the recent decisions of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), tries to trace some parameters of conciliation of these rules, analyzing the decisions in parallel with the legal doctrine.

**KEY WORDS:** civil liability for medical malpractice; consumer's juridical relation; liberal professional's liability.

---

<sup>\*</sup> Advogada. Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito de Curitiba. Endereço eletrônico: glenda-gondim@yahoo.com.br

<sup>\*\*</sup> Professora substituta de Prática Forense Civil na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Ex-pesquisadora visitante na Universidade de Augsburg, Alemanha. Endereço KEY-WORDS eletrônico: steiner.ufpr@gmail.com

esgotada, seja pela impossibilidade de se alcançar, na ciência jurídica, uma verdade absoluta, seja pela própria diversidade natural dos fatos que a vida impõe ao Direito.

Sem ter por objetivo alcançar um pronunciamento definitivo sobre o tema e partindo da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, pretende-se, nas linhas que seguem, traçar algumas notas acerca da responsabilidade civil do médico e do estabelecimento hospitalar. O problema que se elege pode ser resumido em alguns questionamentos-chaves: (i) o serviço médico-hospitalar tem natureza contratual e está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor; (ii) a responsabilidade objetiva é a regra geral na disciplina do código consumerista; (iii) a responsabilidade dos profissionais liberais, por sua vez, à luz do art. 14, § 4º do mesmo texto legal é subjetiva, ou seja, não prescinde da análise da culpa *lato sensu*; (iv) diante de tal panorama, como se conciliar a responsabilidade subjetiva do médico e a responsabilidade objetiva do estabelecimento médico?

Para perfilar tal problematização e algumas das soluções apontadas pela doutrina e pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no presente estudo, a análise do tema será realizada através dos preceitos legais da legislação consumerista e, restritivamente, pela extensão do estudo, aos casos de fato do serviço disposto no Capítulo IV, Seção II, da Lei n.º 8.078/1990, popularmente denominada como Código de Defesa do Consumidor.

## 1 DA RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para se compreender o regime de responsabilidade civil sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível que se rememore, ainda que de forma introdutória, as mudanças do instituto da responsabilidade civil, em especial para traçar os parâmetros do que se denomina de pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. A evolução da sociedade e do direito tem grande influência sobre as alterações sofridas por tal instituto (JOURDAIN, 2007, p.17), que se relacionam diretamente com as mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo (AGUIAR DIAS, 2006, p. 24). Dois fenômenos da contemporaneidade merecem destaque para o presente estudo, pois acarretaram sensíveis alterações nas concepções da responsabilidade civil, são eles a objetivação e a coletivização (NORONHA, 2007, p. 542).

A objetivação decorre da mudança radical da sociedade do século XIX (JOURDAIN, 2007, p. 10), ante a revolução industrial, tornando a ideia da culpa prescindível para o instituto da reparação civil. Por conseguinte, a responsabilidade passa a se orientar através do seu objeto, qual seja, o dano (JOURDAIN, 2007, p. 10). É a noção de responsabilidade objetiva, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro, evoluiu através de leis especiais, “que excluíam a questão da culpa e imputavam o dever de reparar a uma determinada pessoa” (MARQUES, 2006, p.1217).

Por outro lado, o fenômeno da coletivização traz a ideia de reparação integral dos danos, ante a sociabilização dos prejuízos, o que “traduz o declínio da responsabilidade individual” (NORONHA, 2007, p.540). Como exemplos de tais fenômenos, Fernando Noronha (2007, p.541) apresenta a reparação de acidentes de consumo, como expressão da objetivação, e a indenização por danos corpóreos a uma vítima de acidente de trânsito, adimplida por todos aqueles que suportam o ônus do seguro obrigatório, como demonstração da coletivização.

No tocante ao direito do consumidor, de especial interesse a este artigo, a Lei n.º 8.078/1990 alterou o sistema brasileiro de responsabilidade, em regra subjetiva, para objetivá-

*R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 204-219, jan. / jun. 2009*

la nas relações de consumo. Desta forma, o instituto da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor é tratado independentemente do pressuposto culpa.

Isto porque, além do fenômeno da objetivação acima mencionado, a relação de consumo apresenta maior grau de dificuldade para constatação do pressuposto da culpa, pois ao consumidor torna-se demasiado oneroso verificá-la e comprová-la, especialmente quando se reconhece que é o fornecedor quem domina os meios de prova e de produção do produto (ALMEIDA, 2003, p. 83). Ademais, tendo como pressuposto que as atividades econômicas são desenvolvidas por pessoas jurídicas, a noção de culpa adotada para perquirir a conduta de uma pessoa natural se torna inadequada para identificar, na cadeia de pessoas que integram uma sociedade, qual delas agiu com culpa, se um funcionário, um sócio, um diretor, por exemplos. (TIMM, 2005, p. 164).

Essa tendência do ordenamento jurídico brasileiro, de responsabilizar objetivamente os danos decorrentes das relações de consumo, como entende Claudia Lima Marques, sofreu grande influência da Diretiva da Comunidade Econômica Europeia, a qual em seu artigo 4º prevê que “o consumidor fica liberado de provar a culpa do fabricante, mas seria obrigado a provar o defeito”. (Tradução de Claudia Lima MARQUES, 2006, p. 1215).

Ademais, não se pode olvidar que nas relações de consumo discute-se, no mais das vezes, uma relação obrigacional ou um contrato, o que importa que a quebra de deveres obrigacionais, que acarrete danos, gera a obrigação de repará-los, por si só (KHOURI, 2005, p. 149). Desta forma, o pressuposto relevante será a verificação acerca da ocorrência ou não do dano, possibilitando a aplicação da teoria objetiva, ante a prescindibilidade de análise da culpa.

Essas são as principais razões que demonstram a adoção, pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, da responsabilidade objetiva do fornecedor e do prestador de serviço, conforme preceituado pelos artigos 12 e 14<sup>1</sup>, da Lei n.º 8.078/90, definindo ser suficiente para a responsabilização a comprovação “do evento danoso, donexo causal e do dano ressarcível e sua extensão” (ALMEIDA, 2003, p. 84).

Por abranger, a regra geral, especificamente as prestações de serviço, questiona-se, diante do tema ora proposto, se este regime de responsabilidade seria também aplicável às obrigações de cunho médico, tendo em vistas certas relevantes peculiaridades.

<sup>1</sup> “Artigo 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

“Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

## 2 DA EXCEPCIONALIDADE DA OBRIGAÇÃO MÉDICA

Embora haja divergências acerca do enquadramento do profissional liberal, aqui especificamente o médico, como fornecedor de serviços, fato é que sua responsabilidade não é objetiva, por expressa previsão legal. A respeito, o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece, especificamente, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais depende da comprovação do elemento subjetivo, excepcionando a regra geral da responsabilidade objetiva prevista para as relações consumeristas.

Cumprido ressaltar que alguns doutrinadores brasileiros, de renome, entendem que ao excepcionar do sistema da responsabilização objetiva, a pretensão do legislador seria excluir do Código de Defesa do Consumidor a relação médico-paciente. Contudo, nos termos do artigo 2º e 3º do diploma legal consumerista, tal relação caracteriza-se como de consumo, vez que se encontram presentes de um lado o consumidor (paciente) e, de outro lado, um fornecedor (médico). Portanto, deve “obrigatoriamente, subordinar-se à tutela do direito do consumidor” (SCHAEFER, 2006, p. 108).

Ademais, a pretensão do Código de Defesa do Consumidor não foi revogar, total ou parcialmente, as demais legislações existentes, mas sim ser aplicada e utilizada como uma ampliação à proteção do consumidor, tal como ocorreu quando da Diretiva da Comunidade Europeia<sup>2</sup>, cujo objetivo era acrescer o direito interno dos países integrantes do direito comunitário com um microsistema consumerista (LISBOA, 2006, p. 301-302). Trata-se, em outras palavras, de reconhecer o diálogo de fontes do qual fala Cláudia Lima MARQUES (2005, p.663 e sg), apoiada na doutrina alemã de Erick Jayme.

Destarte, ao ser excetuada a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, aplicar-se-á subsidiariamente as regras do Direito Civil em relação estritamente à responsabilidade, permanecendo aplicáveis as demais regras consumeristas, cabíveis ao caso.

E tal exceção pode ser analisada através de dois aspectos, a característica personalíssima da contratação e a natureza jurídica da obrigação médica. No que diz respeito à contratação *intuitu personae*, o § 4º, do artigo 14, do CDC, ao dispor da excepcionalidade da análise da culpa, determina que esse pressuposto será analisado para a “responsabilidade pessoal” do profissional, o que remete ao caráter personalíssimo da prestação de serviço, fundado na relação de confiança.

Na ligação entre o médico e o paciente o elemento confiança foi característica básica, durante muito tempo. No século XIX, existia o médico da família, sendo o profissional da saúde considerado pelo paciente como um amigo, um conselheiro e “o ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico)”. (REALE, 1977, p. 47).

No século passado, permanece a relação de confiabilidade, baseada no conceito subjetivo do consumidor, fundada na “postura, na apresentação e o renome do profissional liberal” (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 199). Porém, duvidoso afirmar a manutenção em toda e qualquer prestação de serviços médicos,

há as que são e as que não são. As primeiras permanecem com as características clássicas. As outras se caracterizam de forma similar ou idêntica à dos outros tipos de prestações de serviços oferecidas em massa aos consumidores em geral” (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 200)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Trata-se da Diretiva 85/374/CEE, de 25.07.1985, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em 07.08.1985, Lei 210/29, Fasc. 19, p. 8-12. (MARQUES, 2006, p.1212).

<sup>3</sup> O aludido autor, RIZZATTO NUNES (2000, p.199), provoca a questão acerca da relação de confiança entre o

Por outro lado, no tocante à questão da natureza jurídica da prestação de serviços médicos, é amplamente reconhecido na doutrina que a obrigação médica pode ser classificada como obrigação de meio, em contraposição àquela obrigação chamada de resultado.<sup>4</sup> Tal se dá porque o resultado pretendido, a cura do paciente, foge à álea do profissional, devendo a obrigação ser considerada cumprida quando houver diligência, boa-fé e observância à técnica e ciência que devam ser empregadas (LÔBO, 2005, p. 32-33).

Com efeito, nenhum médico pode se comprometer ao resultado da cura, em especial quando o paciente se encontra em estado grave ou terminal, obrigando-se tal profissional liberal “a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos” (CAVALIERI FILHO, 2003, p.371).

Esta separação, no entanto, não é imune a severas críticas, como aquela que faz Paulo Luiz Netto LÔBO ao afirmar que “tal distinção doutrinária não mais se sustenta, pois contradiz um dos principais fatores de transformação da responsabilidade civil, ou seja, a primazia do interesse da vítima” (LÔBO, 2005, p. 34). Transportando a crítica do autor ao que se denomina de pressupostos contemporâneos do dever de indenizar, ter-se-ia de reconhecer que a ação ou omissão do causador do dano é intencionalmente relegada em face da reparação integral da vítima. Exemplo maior de tal postura é a forte tendência de objetivação da responsabilidade, presente no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002<sup>5</sup>, conforme já exposto na seção anterior.

A delimitação da obrigação médica, no entanto, para além de discussão acadêmica e conceitual, tem conteúdo e consequências práticas relevantes. A respeito, pode-se aventar o caráter negocial ou não da violação do dever e a distribuição do ônus da prova, como pontos cardeais de análise. A discussão é incrementada pelo reconhecimento da incidência do princípio da boa-fé na compreensão da relação jurídica obrigacional, iluminando uma reflexão a respeito do termo adimplemento.

Em outras palavras, o cumprimento da obrigação médica, seu efetivo adimplemento, independentemente de classificações tão caras à ciência jurídica (como aquela que diferencia a obrigação de meios e obrigação de resultados), deverá sempre ser conforme (LÔBO, 2005, p. 302). Com isso, se é certo que a cura do paciente ou diminuição do mal que lhe aflige não é elemento imprescindível para o adimplemento<sup>6</sup>, é certo que o comportamento exigido dirige-se a este fim, e a partir deste dado

---

consumidor e o profissional liberal apresentando os seguintes exemplos: “[...] Um paciente, supostamente com problemas mentais, submetido a exame por banca de psiquiatras ou mesmo por um único psiquiatra, está vinculado pela relação de confiança? [...] E o consumidor usuário de um plano de saúde, que estando com dores estomacais, pega o livro de nomes, endereços e telefones dos médicos especializados nas várias áreas? Escolhe com base em quê? Depois é atendido e recebe as indicações do médico: exames, diagnóstico, prescrição, com fundamento na confiança? Confiança no quê? No plano de saúde? Os exemplos poderiam facilmente se multiplicar. Mas a verdade é que, nos dias atuais, os tradicionais profissionais liberais já se alteraram. Mudou o perfil, desde a formação até a oferta do serviço, e nesse interm alterou-se a relação estabelecida entre o cliente e o profissional liberal”.

<sup>4</sup> A diferenciação entre obrigação de meio e de resultado foi introduzida por Demogue na doutrina francesa. “É o próprio Demogue quem nos esclarece sobre a matéria dizendo que há obrigação de meios, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. [...] Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O resultado é, portanto, o objetivo do contrato. Ou consegue o resultado avençado, ou deve arcar com as consequências.” (STOCO, 2004: 466)

A respeito da distinção, convém destacar, juntamente com Paulo Luiz Netto LÔBO (2005, p. 32), que não há diferenciação entre obrigações de meio e obrigações de resultado no direito legislado brasileiro, embora a adoção da classificação seja corrente na ciência jurídica pátria. Neste texto não se tratará da responsabilidade do médico cirurgião plástico que, diferentemente dos demais, compromete-se a prestar um resultado na cirurgia embelezadora.

<sup>5</sup> A respeito do tema, Roberto ALTHEIM (2008, p. 432 e sg).

<sup>6</sup> A respeito, pode-se destacar o fato de que a promessa de cura, exatamente por depender de fatores outros que não a ação do médico, poderia ser considerado objeto impossível do negócio jurídico. Acerca da impossibilidade física/natural do objeto, exemplifica Dirk LOOSCHELDERS com o caso de uma astróloga que promete a reconciliação de um casal, por meio de ajuda parapsicológica. (LOOSCHELDERS, 2008, p.149).

que deve ser analisado. Em outras palavras, a culpa do profissional deverá ser auferida tendo em vista a diligência que lhe era exigida para o alcance da finalidade precípua da contratação.

Fala-se em contratação tendo em vista que, conforme afirma Miguel KFOURI NETO, “não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contractu*” (KFOURI NETO, 2003, p. 71).<sup>7</sup> A discussão sobre a conveniência ou mesmo sobre o acerto da classificação da obrigação como de meio ou de resultado acaba por tomar um papel secundário, sendo mister, no entanto, que se analise sua verdadeira relevância (GIOSTRI, 2006, p. 134).

O amplo reconhecimento de que a obrigação médica é típica obrigação de meio, e não de resultado, a despeito de seu caráter contratual, acaba levando à distribuição do ônus da prova em prejuízo do lesado. Explica-se. Naquela responsabilidade civil em sentido estrito<sup>8</sup>, o ônus da prova do autor (lesado) é em geral muito amplo, o que não ocorre na responsabilidade civil negocial, em que “o ônus da prova do autor corresponde, normalmente, à demonstração da existência da relação contratual seguida da alegação do inadimplemento” (LEONARDO, 2004, p. 267).

Esta chamada *inversão do ônus probatório* inexistente quando se reconhece ser a obrigação do médico uma obrigação de meio. Sobre o tema, e ressaltando que a culpa é elemento central em qualquer uma das modalidades aventadas, pode-se dizer que o ônus da prova é distribuído tendo-se em vista a obrigação avançada (GAGLIANO e STOLZE, 2009, p. 206).

Cumprido ressaltar que, por se aplicar as regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme mencionado acima, aos casos de responsabilidade civil médica não pode ser afastado o artigo 6º, VIII, da Lei n.º 8.078/1990<sup>9</sup>, que dispõe acerca da inversão do ônus probatório, desde que preenchidos os requisitos da hipossuficiência e verossimilhança das alegações<sup>10</sup>.

Assim sendo, em virtude do referido dispositivo legal (artigo 6º, VIII, do CDC), pode ser aplicada a inversão probatória, desde que presentes os requisitos legais<sup>11</sup>, caso contrário, por se tratar de obrigação de meio, caberá ao paciente a comprovação da conduta culposa.

Dentro deste tema, vale salientar, mesmo que em breves linhas em razão do objetivo do presente estudo, a questão da distribuição da carga probatória dinâmica, teoria fundada no

<sup>7</sup> Delimita-se neste trabalho a responsabilidade civil médica proveniente de contratos, excluindo-se aquelas que, conforme bem ilustra Miguel Kfourri Neto, não tenha origem contratual, como o médico que faz atendimento emergencial na rua (KFOURI NETO, 2003, p. 71).

<sup>8</sup> Adota-se, neste texto, a distinção efetuada por Fernando NORONHA (2007, p. 427 e sg), entre responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade civil negocial sem se descurar, no entanto, das diversas nomenclaturas que podem ser utilizadas para se tratar da mesma divisão.

<sup>9</sup> Artigo. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência;”

<sup>10</sup> Conforme ensina Rogério de Oliveira SOUZA (2000, p. 260/265): “A dicção normativa que prevê o direito à inversão do ônus da prova há de ser interpretada como aglutinativa, e não como alternativa; para ver-se na posição cômoda durante a fase probatória do processo, o consumidor deve apresentar alegação verossímil e ser hipossuficiente. Não preenchendo estes requisitos, vige a regra geral do art. 333 do CPC. Se a norma especial tem por escopo a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, não pode se transformar em abuso do direito de defesa, ao ser interpretada de modo simplista e assistemática pelo operador do direito.”

<sup>11</sup> A necessária presença dos requisitos pode ser exemplificada através do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 122.505/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, cuja decisão restou assim ementada: “Responsabilidade Civil. Cirurgião-dentista. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade dos profissionais liberais. 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, § 4º). 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 subordinado ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente’ (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. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido”. (STJ, Recurso Especial n.º 122.505/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgamento em 04.06.1998).

dever das partes litigantes agirem dentro dos ditames do princípio da boa-fé e, em consequência, impor o ônus de cada parte comprovar processualmente aquilo que está ao seu alcance<sup>12</sup>.

Feitas tais considerações acerca do ônus probatório, o que deve restar em mente é a necessidade de demonstração do pressuposto culpa, no caso concreto, ante a exceção do artigo 14, § 4º, do CDC.

### 3 DA RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

Na atualidade, a grande tendência para o exercício da atividade dos profissionais liberais, em geral, é a de se associarem para uma melhor atuação no mercado de trabalho, *v.g.*, por objetivar a melhor organização e divisão das receitas e despesas, ou, para ofertar uma maior gama de especialidades à determinada clientela, agrupando profissionais de diferentes áreas, dentre outros motivos.

A prestação de serviços, quando decorrente de tais associações, não exclui o caráter de profissional liberal, por permanecer a pretensão de assim atuar. Portanto, resta conservada a aplicação da responsabilidade subjetiva preceituada pelo artigo 14, § 4º, do CDC, estando expressamente previsto no referido dispositivo legal que será “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais” analisada através da necessidade de comprovação do pressuposto da culpa.

Coaduna com tal entendimento Rizzatto Nunes (2009, p. 358-361), o qual defende que a constituição da sociedade não é capaz de afastar as prerrogativas do artigo 14, § 4º, do CDC, pois o profissional liberal terá a sua conduta analisada pelas regras da responsabilidade subjetiva, independentemente do exercício profissional através de uma sociedade ou não.

Da mesma forma, pode-se entender a atuação do profissional, mesmo dentro de uma entidade hospitalar, que não possui relação de preposição, nem integra o quadro de funcionários ou sequer possui qualquer relação com o local, utilizando as dependências do hospital para a prestação de serviços médicos. Nesse caso, a responsabilidade sobre os danos, eventualmente, causados ao paciente, será analisada através da comprovação do pressuposto da culpa.<sup>13</sup> Isto porque, trata-se de atuação pessoal do médico, prevista expressamente no artigo 14, § 4º, do CDC, como exclusão da responsabilidade objetiva, a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais”.

Todavia, quando a atuação do profissional é realizada vinculada a um hospital ou mesmo quando a associação entre os médicos configura-se exploração da atividade e evidencia, dentro da sociedade de massa, o caráter de exploradora, por atuar através da “escolha de atividade, exame do mercado, cálculo do custo, do preço, avaliação do risco, tendo em vista o

<sup>12</sup> Analisando a teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, AGUIAR JUNIOR (1995, p.39) destaca que: “É o princípio da carga probatória dinâmica, baseado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance. Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento”.

<sup>13</sup> Um ponto que merece destaque é se nesses casos de atuação do hospital, como simples locação, existirá ou não responsabilidade solidária. AGUIAR JUNIOR (1995, p. 41) entende a exclusão da responsabilidade do hospital quando “o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes”. Por sua vez, parte da doutrina entende pela responsabilidade solidária e objetiva do hospital, “pois esta espécie de locação caracteriza prestação de serviços hospitalares e é atividade empresarial e lucrativa, plenamente abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor”. (VASSILIEF, 2008, p.277)

A partir dos posicionamentos doutrinários brevemente expostos acima, nas linhas que seguem, procura-se traçar algum parâmetro de como o Superior Tribunal de Justiça tem trabalhado com tais questões, apreciando o entendimento deste Tribunal de forma crítica.

#### 4 DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em recente decisão acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou entendimento de que seria incabível a denunciação da lide ao médico, pelo fato de que “a responsabilidade do hospital e a do médico têm fundamentos diversos, o que denota a impropriedade da denunciação à lide nessas circunstâncias”. Em suma, reconhecendo que a responsabilidade do profissional gira em torno da culpa, sua integração à lide resultaria na instauração de lide secundária com fundamento diverso, uma vez que o hospital responde objetivamente pelos danos causados em suas dependências. (STJ, REsp 883.658-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 5/3/2009.). Eventual ação de regresso do hospital em face do médico seria, por óbvio, pautada na comprovação de que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Exatamente neste ponto é que se fixa a análise. Veja-se, a respeito, que na eventualidade de o médico ter agido com a lisura necessária, não havendo de se aventar qualquer impropriedade na sua conduta profissional, não lhe caberia o dever de ressarcimento frente ao nosocômio. Este, por sua vez, em que pese a total ausência de fato imputável a seu preposto (o médico), responderia objetivamente e seria, portanto, responsável pelos danos causados. O paciente, neste contexto, teria a certeza de que, não saindo curado do tratamento, hipótese em que inexistente o dano, sairia, no mínimo, indenizado: o hospital responderia por todo e qualquer dano, independentemente da culpa do profissional.

É certo que tal situação pode ser encontrada em outros casos em que a lei objetiva a responsabilidade, prescindindo da análise do elemento subjetivo, tal como a responsabilidade civil do Estado ou em decorrência de atividades de risco (art. 927, parágrafo único do Código Civil). Ocorre que, em tais casos, a opção legislativa tem fundamentos e razões diversos, se comparado ao caso em comento.

A respeito, diga-se que a responsabilidade civil do Estado, pautada no que se chama de teoria do risco administrativo, fundamenta-se no fato de o ente estatal exercer atividade em favor de todos, sendo seus ônus igualmente distribuídos perante toda a sociedade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 232). A responsabilidade objetiva pelo desempenho de atividades de risco, por sua vez, funda-se no próprio avanço tecnológico da sociedade e na impossibilidade de se manter a culpa como parâmetro principal da avaliação da responsabilidade civil. O mesmo se diga em relação à responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor.

Quando se trata de ato médico, no entanto, as possibilidades fecham-se apenas a duas hipóteses, já mencionadas: a cura, que não pode ser prometida porque foge à álea do profissional, ou a não cura<sup>15</sup>, que terá lugar sempre que aquela não ocorrer. Albergar a responsabilidade objetiva, em todos os casos, seria afirmar que o evento cura é obrigatório em toda a intervenção médica ou cirúrgica.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Quando se fala em “não cura”, em realidade, quer-se dizer a eventualidade do tratamento objetivado não ter sido alcançado a contento, sendo claro o ato médico não diz apenas com a total cura do paciente, mas antes com a oferta do tratamento possível frente à situação.

<sup>16</sup> Tal não ocorre, por exemplo, com a prestação de serviços no mercado de consumo porque, nestes casos, o dever de prestar produtos não viciados, não perigosos e aptos ao consumo, é prestação possível e exigível do fornecedor.

A situação merece e clama por minuciosa análise jurídica. Na busca por soluções justas e ligadas aos mandamentos legais, ter-se-ia de tecer parâmetros para a conciliação do disposto no art. 14, § 4º do CDC e a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, proclamada pelo mesmo diploma legal. Se é certo que em alguns casos a responsabilidade do hospital é absolutamente independente da responsabilidade civil de seus prepostos, os profissionais da saúde, como na hipótese em que o paciente é acometido de infecção hospitalar ou sofre danos em decorrência da falta de estrutura do hospital<sup>17</sup>, em outros casos a objetivação da responsabilidade transforma a obrigação médica em típica obrigação de obtenção de um resultado o que, evidentemente, pode conduzir a resultados não desejáveis.

Voltando-se à decisão narrada no começo desta seção, diga-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmou-se em face de um dado essencial ao deslinde da questão: o fato de o autor ter procurado o hospital pela excelência de seu atendimento e não por conta de um determinado profissional que faz parte de seu corpo clínico. A respeito, conforme decisão outra, de lavra do Ministro Aldir Passarinho Junior, a denúncia da lide ao médico deve ser analisada no caso concreto, havendo de ser indeferida quando não se achar configurado que houve escolha pessoal na contratação do médico (STJ, REsp 445.845-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 09/09/2003).

Nestes casos, em que a escolha se dá por características próprias ao hospital, fala-se em responsabilidade objetiva do prestador de serviços, não se devendo analisar o elemento subjetivo, em princípio, e cabendo ao autor da ação unicamente comprovar o dano e o nexo de causalidade. O elemento negligência, imprudência ou imperícia, quando existente, será analisado na ação regressiva do hospital em face do médico. A grande controvérsia reside, portanto, nos casos em que o médico age como preposto do nosocômio, mormente quando este é procurado tendo em vista sua excelência.

Rui Stoco, ao tratar da problemática, indaga uma questão polêmica: “quando a responsabilidade entre médico e hospital é solidária, quando exclusiva do médico, e quando se deve atribuí-la apenas ao hospital?” (STOCO, 2004, p. 733). A resposta a tais indagações é a linha mestre que guia a recente jurisprudência do STJ, e dialoga de forma estreita com a escolha do regime de responsabilidade, objetiva ou subjetiva, a ser aplicada no caso concreto.

A análise do vínculo de preposição entre o médico e o hospital é ponto nodal na avaliação da espécie de responsabilidade. Assim, veja-se o seguinte excerto:

“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” (STJ, REsp 908359 / SC, Rel. Min. Nancy Andrighy, Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/08/2008).

Pode-se também fazer um paralelo com o ofício do advogado. Embora ele possa advertir seus clientes sobre as possibilidades de ganho da causa e esteja obrigado, evidentemente, ao uso da melhor técnica, não se pode dizer que o advogado responda pelos danos decorrentes da sucumbência em determinada ação, quanto mais de forma objetiva (sem análise da culpa).

<sup>17</sup> O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 15/05/2007). Neste ponto, importante ressaltar que há entendimento, com o de Rui Stoco (STOCO, 2004: 557), de que a ocorrência de infecção hospitalar seria indício de culpa e que, portanto, o hospital responderia sempre que não comprovasse uma causa de exculpação. No entendimento aqui esboçado, no entanto, não se trata de presunção de culpa mas sim de responsabilidade objetiva, uma vez que a ocorrência da infecção hospitalar pode ser enquadrada como fato do serviço (art. 14, *caput*, CDC).

Na lição de Rui Stoco, o primeiro ponto a ser analisado é justamente a existência, ou não, do vínculo de preposição (STOCO, 2004, p. 733). Indo um pouco além, busca-se também, nas linhas que seguem, traçar um parâmetro do que o Superior Tribunal tem entendido em relação à configuração do vínculo de preposição.

Especificamente em relação a este vínculo, pode-se fazer a ressalva de que a responsabilidade por fato de terceiro encontra-se regulada no art. 932 do Código Civil e, quando houver relação de emprego, no inciso III deste mesmo dispositivo legal, ao determinar que também respondem pela reparação civil o empregador ou o comitente, por seus empregados, serviços e prepostos. A responsabilidade do empregador, nestes casos, é objetiva em relação aos atos culposos praticados pelos empregados.

Frise-se, portanto, que não se deve comprovar a *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando* do empregador para que seja ele responsabilizado pelo ato de terceiro. Com isso, no entanto, não se quer dizer que esta espécie de responsabilidade prescindida da culpa, pelo contrário. O fato gerador do dano deverá ser, no mínimo, culposos.

Se a aplicação da regra de responsabilidade objetiva do CDC for feita em todos os casos, sem análise da peculiaridade do vínculo de preposição ou mesmo da razão que guiou a contratação, ter-se-ia de reconhecer, como já alertou o STJ, que “estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá” (STJ, REsp 908.359/SC). Em suma, parece haver uma incompatibilidade entre a regra de responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor e a natureza do serviço médico como sendo uma obrigação de meios, classificação amplamente aceita por grande parte da ciência jurídica.

A respeito, faz-se menção à lição de Hildegard Taggesell GIOSTRI ao observar que doutrina e jurisprudência trilham um caminho mais justo e equânime nos dias atuais, “percebida a incongruência que seria considerar a pessoa jurídica responsável, sempre que houvesse um dano” (GIOSTRI, 2007, p. 279). Segundo sua atenta observação, se é certo que a entidade hospitalar pode responder sem culpa, o mesmo não se pode dizer quanto à causa, devendo esta, sempre, existir.

Voltando-se a recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, faz-se registro a entendimento esboçado de que a regra de objetivação da responsabilidade inscrita no art. 14 do CDC diz respeito, exclusivamente, àquelas atividades relacionadas com o estabelecimento empresarial propriamente dito, e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos (STJ, REsp 258.389/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 16/06/2005). Em consonância com este entendimento, as já citadas decisões que consideram que o hospital deva responder objetivamente pela falha na prestação dos serviços, como no caso de ocorrência de infecção hospitalar ou mesmo pela falta de estrutura de atendimento.

Nestas situações, como se percebe, o dano provém de uma falha no serviço médico-hospitalar, que é justamente o objeto social da atividade empresarial exercida pelo hospital, enquadrado como fornecedor e afeto à disciplina do CDC. Conforme já tratado acima, nestes casos, a reunião de profissionais liberais em torno de uma atividade evidentemente empresarial (art. 966 do Código Civil), afasta a aplicação do privilégio da responsabilidade subjetiva.

Quando se fala em vínculo de preposição, no entanto, chega-se à necessidade de análise de outra questão cuja importância é ímpar para o deslinde da controvérsia. De fato, há uma diferença fundamental nas situações em que a procura se dá à pessoa do médico, tendo em

vista a sua qualificação, e ao hospital, pela sua excelência ou pela conveniência. Parece ser este dado que guia o entendimento do Tribunal Superior na análise da espécie de responsabilidade a ser aplicada.

Veja-se, a respeito, o entendimento exarado em julgamento de Recurso Especial, em que o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito entende ser indiferente o fato de o médico plantonista ter, ou não, vínculo empregatício com o hospital, tendo em vista que em situações de urgência a procura se dá, evidentemente, ao nosocômico e não a determinado médico. Da ementa, extrai-se que “se o profissional estava a serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder”. (STJ, REsp 400.843/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17/02/2005). Em que pese não haver vínculo empregatício, o acórdão citado considera que o atendimento em regime de plantão pressupõe algum vínculo entre hospital e médico.

Em voto vencido, no julgamento de outro Recurso Especial acima mencionado (REsp 908.359), a Ministra Nancy Andrighi perfilhou entendimento de que o fato de a responsabilidade do profissional liberal ser subjetiva (art. 14, § 4º do CDC) não leva à automática exclusão do hospital do dever de indenizar. Nas suas palavras, “a exigência da comprovação de culpa para a responsabilidade do profissional liberal é fato que, por si só, não ilide a aplicação das normas que impõem solidariedade entre os fornecedores que se situam na mesma cadeia de fornecimento.”

Mais ainda, entendeu a julgadora que a cessão do espaço físico ao médico, assim como a participação de profissionais de enfermagem ligados à pessoa jurídica, implicam no reconhecimento de que ambos, hospital e médico, agiram em parceria e, por isso, responderiam solidariamente pelos danos causados.

Para se entender a extensão da controvérsia, diga-se que se trata de Recurso Especial interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em que o hospital foi responsabilizado objetivamente por erro médico ocorrido em cirurgia de varizes, que lesionou nervos da perna esquerda da paciente, a qual perdeu movimentos no membro. A decisão atacada reconheceu haver solidariedade do nosocômio, tendo em vista a inegável retribuição financeira percebida. A controvérsia principal cingia-se à possibilidade de condenação solidária da pessoa jurídica, por ato realizado pelo médico e, ainda, se se tratava de responsabilidade objetiva, com fulcro no art. 14 do CDC.

Discordando da relatora, o entendimento do Ministro João Otávio de Noronha diferencia os casos em que há um defeito no serviço prestado, a exigir a reparação objetiva do dano, sendo o hospital um “grande prestador de serviços”, e aqueles em que o dano decorre exclusivamente de uma ação ou omissão ligada à atividade médica. A fundamentação para a diferenciação, novamente, repousa-se no fato de que a atividade médica é típica obrigação de meio e que albergar a tese da responsabilidade objetiva do fornecedor quando o dano decorre deste fato, seria transformá-la em obrigação de resultado. Para o Ministro Relator do acórdão, no entanto, o dano decorrente de ato médico não pode ser, a qualquer título, imputado ao hospital. Ao tema voltar-se-á adiante.

Na peculiaridade desta decisão, o médico teria sido contratado pessoalmente pela paciente e utilizado, mediante remuneração, as instalações do hospital. O entendimento vencedor no Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o hospital não poderia responder objetivamente por erro ligado, de forma exclusiva, ao profissional liberal que apenas se utiliza de suas instalações. Acompanhando o voto do Ministro João Otávio de Noronha, o

*R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 204-219, jan. / jun. 2009*

Ministro Fernando Gonçalves perfilha entendimento de que a responsabilidade do hospital, por ato de preposto, segue a sorte da responsabilidade do médico, ou seja, só terá lugar quando houver ato culposo imputável ao profissional.

No mesmo sentido a já citada decisão do Min. Aldir Passarinho Junior (REsp 445.845-SP), em cuja fundamentação se encontra a expressa distinção entre os casos em que a contratação se dá com o profissional liberal, “e o nosocômio apenas limitou-se a fornecer a infra-estrutura respectiva” daqueles em que o contratado é o próprio hospital “cuja própria equipe opera o paciente”. Nesta última hipótese, e conforme decisão relatada no começo desta seção, o entendimento daquela corte, ainda que não unânime, firmou-se no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva e há de ser indeferida a denunciação da lide ao profissional médico.

Dos excertos colacionados, podem-se eleger alguns pontos cardeais para solução da controvérsia. Em primeiro ponto, justamente a separação de atividades estritamente médicas e aquelas que dizem respeito à atividade empresarial exercida por centros médicos, clínicas e hospitais. Partindo-se da premissa de que a responsabilidade subjetiva é prerrogativa do profissional liberal, tendo em vista as características peculiares que guiam sua contratação, não se pode estendê-la também ao agrupamento de médicos em torno de uma atividade empresarial.

Nestes casos, em que o exercício da medicina corresponde ao elemento empresa, não há dúvidas de que a responsabilidade será objetiva, ao menos em relação àqueles fatos que possam ser enquadrados como serviço empresarial. A dúvida permanece em relação a intervenções cirúrgicas mal sucedidas ou, ainda, diagnósticos equivocados ou qualquer outro ato médico em sentido estrito, que cause danos. Com efeito, não são em todos os casos que a responsabilidade do hospital será objetiva (GIOSTRI, 2007, p. 280).

Como critério de solução deste último questionamento, doutrina e jurisprudência dividem as situações em que o hospital é contratado por características a ele peculiares, como excelência do corpo clínico, equipamentos, localização, convênio com planos de saúde ou mesmo urgência no atendimento, daquelas situações outras, em que a utilização da estrutura física do hospital é apenas efeito paralelo da contratação pessoal do profissional liberal, tendo em vista razões ligadas a este, exclusivamente.

Assim o caso em que um renomado cardiologista é procurado para proceder a uma intervenção cirúrgica e o faz em determinado hospital, de escolha do próprio médico, há de ser diferenciado daquele em que, sem ter nenhum profissional específico em mente, o paciente procura um hospital por saber se tratar de um grande centro de excelência no tratamento de doenças do coração. Tal como neste último exemplo, tem-se admitido que a procura se dá ao hospital também quando é motivada pela existência de convênio com plano de saúde.

A respeito da conciliação dos diferentes regimes de responsabilidade do médico e do hospital, imprescindível se faz analisar as excludentes da responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, presentes no art. 14 do CDC. Uma ressalva, no entanto, merece ser feita. Há entendimento no Superior Tribunal de Justiça que exclui a atividade médica em sentido estrito da aplicação do art. 14 do CDC, aplicando-o exclusivamente àqueles defeitos na prestação de serviços médico-empresariais, como a internação, instalações, serviços auxiliares e equipamentos (STJ, REsp 258.389, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 16.06.2005).

Ocorre que o serviço médico, ainda que em sentido estrito, pode ser considerado como serviço afeto ao Código de Defesa do Consumidor, pelas razões acima expostas. Sua falha, ou defeito na prestação, podem igualmente ser considerados como fatos do serviço. Frise-se,

ainda, a falta de um posicionamento consolidado a respeito da controvérsia. Resta estudar, por derradeiros, as consequências de tais considerações.

Tomando-se como paradigma apenas aquelas situações nas quais o médico age como preposto da entidade hospitalar, ou seja, em que a relação de consumo se trava com a pessoa jurídica, e abstraindo-se eventuais defeitos na prestação dos serviços que digam respeito, exclusivamente, às atividades que constituam elemento de empresa (como a falta de equipamentos ou a demora no atendimento de urgência), ao hospital cumpre demonstrar a ausência de fato do serviço realizado.

Esta prova, no entanto, perpassa inevitavelmente a própria atividade médica e, com isso, dialoga de forma estreita com o elemento *culpa*, nas suas modalidades negligência, imprudência e imperícia. A teor do disposto no art. 14, § 3º do CDC, ao fornecedor do serviço cumpre provar, como hipótese que afasta sua responsabilidade pelo fato do serviço, a inexistência do defeito.

Transpondo a abstrata disposição legal aos casos aqui narrados, diga-se que inexistirá defeito na cirurgia realizada de acordo com a melhor técnica e dentro dos padrões aceitos pela medicina cujo resultado positivo, no entanto, não ocorreu tendo em vista fatores externos à atividade médica, como a própria dificuldade do evento cura.

Da mesma forma, o art. 14, § 1º, II do mesmo diploma legal preceitua que resultado e riscos razoavelmente esperados dos serviços devem ser analisados e sopesados quando da verificação da ocorrência, ou não, do defeito na sua prestação. A responsabilidade do fornecedor de serviços médicos é, portanto, objetiva, *ma non troppo*.

A atividade médica, como se tem afirmado, é uma atividade que envolve riscos relativamente elevados, e cujo resultado não pode ser garantido, por fugir à álea do devedor da prestação. Estas peculiaridades não podem ser desconsideradas quando da análise da caracterização do fato do serviço.

Um contrato que envolva a prestação de serviços médicos possui características próprias que o diferencia de demais contratos firmados à luz do CDC. A respeito, sabe-se que um transportador deverá efetuar o transporte de bens ou pessoas, respondendo pelos danos na falta do serviço como de defeitos na sua prestação, como o atraso ou danos pessoais no trajeto efetuado. É indiferente, segundo a legislação consumerista, que qualquer preposto da empresa de transporte tenha agido com culpa: basta a ocorrência do evento danoso para que ela seja responsabilizada.<sup>18</sup> Ocorre que, nestes casos, a ocorrência de danos é evento que pode ser evitado tendo em vista ações ou omissões exigíveis do prestador de serviços. A mesma afirmação não pode ser feita em relação aos serviços médicos, uma vez que a cura do paciente, como se tem afirmado, não deriva apenas da aptidão do médico.

Assim, em que pese se tratar de responsabilidade objetiva, não se pode dizer que o estabelecimento hospital assumo todos os riscos da atividade empreendida. Não se trata, portanto, de uma objetivação pura, podendo ser elidida quando comprovada a ausência do defeito (art. 14, §3º, I do CDC), com a particularidade de que esta comprovação perpassa a culpa na prestação do ato médico.

De alguma forma, encontra-se um ponto de encontro desta disciplina, em relação aos serviços médicos aqui trabalhados, com a responsabilidade objetiva por ato de preposto, exis-

<sup>18</sup> Com a exceção, por óbvio, dos casos em que restar comprovada as excludentes de responsabilidade como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

tente no Código Civil, tendo a tese amplo albergue na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exige-se que o ato causador do dano, frisando que apenas quando não decorrente do exercício de empresa, seja ao mínimo *culposo*.

Não se pode, portanto, excluir sumariamente da análise a culpa ou o dolo do profissional médico sob pena de se transformar toda a atividade médica prestada em hospitais ou similares, em atividade de resultado e, por isso mesmo, sempre indenizável na não ocorrência do evento cura, mormente quando esta vem acompanhada da realização de danos laterais ou sequenciais, como o agravamento da situação de saúde do paciente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão, como tratado desde as primeiras linhas deste estudo, não é alcançar uma certeza absoluta acerca da aplicação da responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos que se discute a responsabilização sobre danos envolvendo intervenções médicas e entidades hospitalares, mas sim, em virtude dos posicionamentos apresentados, tanto da doutrina, quanto do Superior Tribunal de Justiça, poder dimensionar parâmetros para situações, nas quais imperiosamente deverá restar comprovada a culpa e aquelas nas quais é possível discutir o seu afastamento.

Isto porque, a excepcionalidade da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, apesar de prever única e exclusivamente, a responsabilidade pessoal do profissional liberal, no caso o médico, incidirá quando também estiver envolvida a entidade hospitalar, dependendo das peculiaridades do caso. A grande preocupação é a utilização indiscriminada tanto da subjetividade, exceção prevista unicamente ao profissional da saúde, assim como, da objetividade da responsabilização que é referente ao empreendimento hospitalar.

No presente estudo, é possível afirmar que a aplicação da responsabilidade dependerá da relação existente entre o médico e o hospital, assim como entre esses e o paciente, e, por fim, a decorrência do prejuízo que se pretende reparação ser proveniente do ato médico, necessitando averiguar as condutas adotadas pelo profissional em específico ou se decorrente dos serviços definidos como fornecidos pelo hospital.

Destarte, não existem fórmulas mágicas a definir quando e como serão analisadas e aplicadas as responsabilidades subjetiva e objetiva, por não se tratar o direito de uma ciência exata, mas isto não conduz à impossibilidade de se traçar parâmetros para sua justa aplicação, o que constituiu exatamente o propósito deste texto.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. In: Revista dos Tribunais. V. 718. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31-53.
- ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. In: *Diálogos sobre Direito Civil*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 427-453.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: obrigações de meio e de resultado; avaliação, uso e adequação*. 1. ed. 5 tiragem. Pensamento Jurídico, v. V. Curitiba: Juruá, 2006.
- JOURDAIN, Patrice. *Les Principes de la Responsabilité Civile*. 7 ed. Paris: Dalloz, 2007.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*. In: Revista de Direito Privado n. 19, julho-setembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 260-269.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Munchen: C.H Verlag, 2008.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do Direito das Obrigações e Introdução à Responsabilidade Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REALE, Miguel. Código de ética médica. *Revista dos Tribunais*. vol. 503. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 47-53.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHAEFER, Fernanda. *Procedimentos Médicos. Realizados à distância e o código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SOUZA, Rogério de Oliveira. *Inversão do ônus da prova*. In: ADCOAS. nº 10. São Paulo: Esperança, 2000, p. 260-265.
- STJ, REsp 883.658-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 5/3/2009.
- STJ, REsp 445.845-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 09/09/2003.
- STJ, REsp 908.359-SC, Rel. Min. Nancy Andrighy, Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/08/2008.
- STJ, REsp 258.389-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 16/06/2005.
- STJ, REsp 400.843-RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17/02/2005.
- STJ, REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 15/05/2007.
- STJ, REsp 122.505/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgamento em 04.06.1998.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TIMM, Luciano Benetti. *Os grandes modelos de responsabilidade civil: da culpa ao risco*. In: Revista de Direito do Consumidor. nº 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 149-167.
- VASSILIEF, Silvia. *A responsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor*. In: Direito Civil: direito patrimonial e existencial. Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coord.). São Paulo: Método, 2006, p. 499-519.
- VASSILIEFF, Silvia. *Responsabilidade Civil dos Empresários da Saúde: hospitais, clínicas, planos ou seguros de saúde, laboratórios e análises clínicas e farmacêuticos*. In: Direito Civil. Responsabilidade Civil. v. 5. Giselda M. F. Novas Hironaka (orientação). Vanessa Donato de Araújo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

---

Artigo recebido em 12 de maio de 2009 e aceito em 13 de junho de 2009.

---