

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS, DOS HOSPITAIS E DAS SEGURADORAS E OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE POR ERRO MÉDICO

Mario VIOLA*

RESUMO

Este trabalho aborda o tema da responsabilidade civil decorrente de erro médico, e sua atribuição tanto ao profissional quanto aos hospitais, seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, com base na legislação ordinária de direito privado, bem como em análise jurisprudencial, visando determinar o tipo de responsabilidade e de obrigação de cada um desses partícipes.

Palavras-chave: responsabilidade civil, erro médico, obrigação de meio.

ABSTRACT

This work broaches the subject of legal responsibility due to medical error, and its appliance to the health-care provider, as well as to hospitals, insurance companies and health plans services, based upon ordinary legislation and Court decisions, aiming to determine each one's responsibility and obligation.

Key-words: legal responsibility, medical error, obligation of means.

1. INTRODUÇÃO

A gigantesca evolução da ciência e da medicina nas últimas décadas possibilitou a realização de novos procedimentos médicos, como exames, cirurgias, tratamentos ou mesmo diagnósticos, capazes de identificar e tratar doenças que, até pouco tempo, não se sabia sequer que existiam.

O presente trabalho se preocupa com responsabilidade civil decorrente da atividade do médico, dos hospitais e das seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde por ocorrência de erro médico.

Analisaremos a situação da responsabilidade civil por erro médico no ordenamento civil, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil e na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, avaliando o tipo de

* Mestrando em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense.

responsabilidade e de obrigação que cada um dos partícipes possui. Comentaremos as defesas cabíveis em juízo face às ações ajuizadas pelos consumidores, analisando decisões dos tribunais e, finalmente, traçarei um panorama geral da responsabilidade civil dos médicos, hospitais e seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, sem a pretensão de esgotar o assunto.

2. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A relação médico-paciente, desde seus primórdios, tem como parâmetro a confiança. Confiança esta depositada não na medicina, mas diretamente no médico. Nas palavras de Zelmo Denari “os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.”¹

“O médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais. Diante disso, a soma excepcional de poderes do médico corresponde à característica limitação das faculdades do cliente.”²

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, revolucionando o nosso ordenamento jurídico, estabeleceu como regra para as relações de consumo a responsabilidade objetiva do causador do dano, em oposição à regra geral do Código Civil de 1916. Porém, atento às peculiaridades das relações de confiança, fez uma ressalva a tal regra no § 4º do seu art. 14, o que se nota nos comentários do mestre Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, onde o conceituado autor diz que o Código, “em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais” – dentre eles o médico – para os quais se manteve “o sistema tradicional baseado na culpa.”³

Já o atual Código Civil, promulgado quase dez anos após o citado Código de Defesa do Consumidor, trouxe duas cláusulas gerais, uma de responsabilidade subjetiva,

em seu art. 186, e outra de responsabilidade objetiva, no parágrafo único do art. 927⁴, para as atividades que por sua natureza impliquem risco aos direitos de outrem.

Para alguns a previsão contida no parágrafo único do art. 927 do atual Código Civil poderia indicar que, no tocante à atividade médica, que traz eminente risco a direitos do paciente (à sua saúde, integridade física ou mesmo à sua vida), não teria mais aplicação a exceção prevista no §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.⁵

Esse entendimento, entretanto, não prevalece na doutrina, onde se entende que no caso do médico, profissional liberal, “será necessário comprovar seu atuar culposo para obter a reparação do dano sofrido, ainda que se entenda aplicável apenas o Código Civil (art. 951)”⁶. De todo modo, tanto a jurisprudência como a maioria absoluta da doutrina, entende ainda aplicável aos médicos o §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo sua responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, valer citar recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista,

¹ DENARI, Zelmo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Pág. 176.

² TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2000. Pág. 42.

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e Apud KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 180/181.

⁴ CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula Geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 15. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2003. Pág. 271.

⁵ CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula Ob. cit. Pág. 277: “Diante de tais considerações, no caso específico do profissional liberal que desenvolve atividade de risco nas relações de consumo, parece-me que não merece ser aplicada a regra inserida no §4º do artigo 14 da Lei 8.078/90, e sim o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, sob pena de se atribuir ao consumidor, notadamente vulnerável, maiores entraves para ser reparado pelos danos por ele sofridos do que ao não-consumidor numa relação travada entre duas partes presumidamente iguais, o que colidiria com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da proteção do consumidor.

⁶ BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2005. Pág. 57.

que é especial em relação às normas contidas no Código Civil.

Recurso especial não conhecido.”⁷

Apesar da ressalva do §4º do art. 14, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não deixou desamparados os consumidores de profissionais liberais, já que trouxe, em seu art. 6º, inciso VIII, a previsão de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando o juiz entender cabível, em razão da verossimilhança das alegações do autor, ou em razão de sua hipossuficiência presumida pela lei, o que resulta em exigir-se que a prova de que não agiu com culpa seja produzida pelo réu, no caso do profissional liberal.⁸

Tal inversão é fundamental para o deslinde de diversas demandas envolvendo paciente e médico, visto que, muitas vezes, seria quase impossível para o consumidor sustentar sozinho, sob o prisma técnico-científico, a culpa do médico, contribuindo-se para a impunidade dos maus profissionais. Existem documentos e informações que só o médico tem acesso e, caso não fosse admitida a inversão do ônus da prova nessas situações, o paciente ficaria impossibilitado de produzir tais provas.

Ademais, a natureza da responsabilidade do médico é contratual e, como tal, criaria presunção de culpa do indivíduo que causou o dano. Entretanto, como o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão, não se aplica tal presunção, até porque, admitindo-se tal afirmativa, caso um médico atendesse um paciente com uma doença grave, se não lhe conseguisse salvar a vida, apesar de empregar todos os esforços, estaria sendo responsabilizado.⁹ Daí a importância da inversão do ônus da prova, onde, apesar de não existir presunção de culpa, o médico deverá provar que sua conduta foi regular, já que é ele quem dispõe de todos os meios cabíveis e possui todas as informações existentes para legitimar a sua atuação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem aplicando tal dispositivo à responsabilidade do médico, conforme se observa nos acórdãos abaixo transcritos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E

JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

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 subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.”¹⁰

“Responsabilidade civil – Médico e hospital – Inversão do ônus da prova – Responsabilidade dos profissionais liberais – Matéria de fato e jurisprudência do STJ (Resp. n. 122.505/SP).

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 subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6o, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido. (Resp. n. 239.009/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 28.06.1999)”¹¹

⁷ D.O. U. 13.02.2006, P. 799, Rel. Min. CASTRO FILHO, REsp 731.078/SP, STJ.

⁸ ROMANELO NETO, Jerônimo. Responsabilidade civil dos médicos. 1. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. Pág. 46/47.

⁹ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 51.

¹⁰ D.O. U. 28.06.1999, P. 104, Rel. Min. Waldemar Zveiter, REsp 171.988/RS, STJ.

¹¹ TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinícius Ribeiro de. Jurisprudência selecionada. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 408/409.

É de se ressaltar que o fato de existir no Código de Proteção e Defesa do Consumidor a previsão da inversão do ônus da prova em favor do consumidor não importa em afirmar que o referido diploma legal estabeleceu a presunção de culpa, “Ao contrário, o artigo 6º, n. VIII, admite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor como medida a ser adotada caso a caso, segundo critério do juiz, e sob a condição de se verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência técnica do consumidor, aferíveis conforme as regras ordinárias de experiência. Como então afirmar que a culpa do profissional será sempre presumida apenas sob a justificativa da inversão do ônus da prova?”¹²

Essa posição é acolhida pela maioria da doutrina e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, o que podemos concluir pela análise dos julgados abaixo transcritos:

“Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes.

1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6o, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor. (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98).

2. O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.”¹³

“Responsabilidade civil. Indenização. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Débito. Pagamento. Inversão do ônus da prova.

1 - Deixando o autor de comprovar a quitação da dívida por qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode pretender a negatificação junto ao cadastro de inadimplentes.

2 - A denominada inversão do onus probandi a que se refere o inciso VIII do art. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do Juízo quando provável a alegação ou quando hipossuficiente o consumidor, segundo regras ordinárias de experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Tais circunstâncias, no caso dos autos, foram consideradas inócenas pela instância ordinária, sendo vedado o seu reexame por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3 - Recurso especial não conhecido.”¹⁴

Entretanto, apesar da ampla maioria da doutrina e da jurisprudência afirmar não existir presunção de culpa na responsabilidade civil do médico, mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, existe posição defendida por Jerônimo Romanello Neto sustentando que “A natureza da responsabilidade civil do médico, já vista, é contratual. Nesses casos, ocorre a presunção da culpa daquele que causa o dano, surgindo, assim, a consequente inversão do ônus da prova, cujo encargo não é mais do lesado, que já carrega a dor pela lesão sofrida. Por tais motivos, há uma exceção a favor do consumidor, que, a nosso ver, deve ser acatada sem ressalvas.”¹⁵

Além disso, é dominante o entendimento no sentido de reconhecer deveres do médico no que toca ao exercício de sua profissão, parecendo existir consenso da doutrina, conforme bem salientado pela Professora Heloisa Helena Barbosa, quanto aos deveres do médico: “a) emprego da técnica adequada; b) informação ao paciente; c) tutela do melhor interesse do paciente.”¹⁶

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 123.

¹³ D.O. U. 02.09.2002, P. 184, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, REsp 332869/RJ, STJ.

¹⁴ D.O.U. 15.10.2001, P. 262, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, REsp 327195/DF, STJ.

¹⁵ ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 46.

¹⁶ BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul/ set 2004. Pág. 61. A autora ressalva ainda a existência de deveres específicos que surgem graças às peculiaridades de cada tipo de prática, as quais devem ser levadas em consideração.

Com relação aos deveres de emprego da técnica adequada e da tutela do melhor interesse do paciente, parece que não há qualquer dúvida ou discussão quanto à sua delimitação, porém, no que toca ao dever de informação, “A tendência atual, na esteira da escola norte-americana, dá-se no sentido de se manter o paciente completamente informado acerca de doenças, prescrições, riscos, cuidados especiais, precauções. Se, por acaso, isso não for possível, as informações devem ser prestadas a um familiar.”¹⁷

“Naturalmente, a simples falta de informação não ensejará a responsabilização do médico pelos prejuízos sofridos pelo paciente se não tiver sido a causa adequada desses danos. Porém, no caso de cirurgias facultativas, a deficiência de informação acerca dos riscos poderá ser a causa adequada dos danos sofridos pelo paciente, que, se soubesse, poderia ter optado por não se submeter a eles. A solução prática que começa a ser tomada por alguns médicos, numa autêntica medicina defensiva, é a obtenção de declaração escrita a respeito da ciência desses riscos.”¹⁸

Esse dever de informação, aliás, é previsto pelo Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246/88) que em seu art. 59 veda ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.”¹⁹

Além desse dever ordinário de informação, cabe ao médico informar-se sobre seu paciente, buscando obter dele “o máximo de informações sobre seu estado físico e psíquico, especialmente aquelas relativas a situações ou ações que possam interferir negativamente no procedimento, como alergias, medicação em uso, intolerâncias alimentares ou mesmo hábitos do paciente. Embora tal cuidado seja de praxe, faz parte da diligência do médico verificar eventuais fatores de interferência, em especial os não ordinários, visto que não se pode presumir sejam do conhecimento do doente, embora seja obrigatório tal conhecimento por parte do médico.”²⁰

Fica evidente, que o ponto central da relação entre médico e paciente é a confiança que este deposita naquele,

sendo a responsabilização do médico por eventual dano causado ao paciente decorrência direta da quebra dessa confiança.

2.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO - DISCUSSÕES

Doutrina e jurisprudência, quase que unanimemente, têm entendido que a obrigação do médico, como regra geral, é de meio, ou seja, o profissional da medicina tem a obrigação de se empenhar, através de todos os meios técnicos e científicos que o mercado dispõe, para tentar alcançar o resultado desejado.

“O contrato médico apresenta-se, dentro do quadro geral das obrigações negociais, como um contrato de prestação de serviços que não se rege pela legislação do trabalho, porque versa sobre atividade de profissional liberal. A prestação devida é, da parte do médico, o serviço correspondente à sua formação técnica, e, da parte do cliente, é o pagamento dos honorários correspondentes ao serviço prestado.”²¹

“A configuração do contrato de meio é a regra em tema de prestação de serviços médicos.”²²

Gustavo Tepedino, afirmando que “no atendimento médico, cuidando-se no comum dos casos, de obrigações de meio (o profissional não se obriga a curar o paciente mas a empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo [...]”²³, defende a corrente de que, em geral, a obrigação do médico é de meio.

Por outro lado, apesar da regra geral da obrigação de meio, mais recentemente, vem se fortalecendo uma corrente que defende que ela admite exceções. Sálvio Teixeira Figueiredo, no artigo *A Responsabilidade Civil do Médico*²⁴, cita como exemplos de obrigação de resultado no campo médico a assumida visita médica, a vacinação, a transfusão de sangue, a segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, o raio X, os exames biológicos e laboratoriais de execução simples.

¹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 146.

¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Ob. cit. Pág. 146.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág.47.

²⁰ BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 61/62.

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. O. cit. Pág. 117.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. Ob. cit. Pág. 117.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág.44.

²⁴ FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 189-191.

Apesar de serem admitidas exceções à regra da obrigação de meio, tem sido percebida grande dificuldade por parte dos julgadores em apurar, no caso concreto, se realmente existe uma obrigação de meio ou de resultado. Um dos casos bastante debatidos nos tribunais é o da cirurgia plástica, onde o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ora em um sentido ora noutro, porém, sempre exigindo um mínimo de resultado, conforme podemos observar nos acórdãos abaixo transcritos:

“Cirurgia estética – Obrigação de meio.

O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.”²⁵

“Civil e processual – Cirurgia estética ou plástica – Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) – Indenização – Inversão do ônus da prova.

I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não-cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade, ou alguma irregularidade.

III – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido. (REsp. n. 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 31.05.1999)”²⁶

“Tal entendimento, a rigor, reflete a tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedor nos deveres de cumprir (e de facilitar o cumprimento) das obrigações. Se é assim, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de

meio, não pode ser alheio ao devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.”²⁷

Acreditamos que, acompanhando o entendimento de Hildegard Taggesel Giostri, nos casos de cirurgia estética e de anestesiologia, a obrigação do médico deve ser considerada de meio, pois presente o fator álea, já que ‘o resultado final (buscado e avençado) pode ser alterado pelo fisiologismo orgânico, pelo psiquismo do próprio paciente e pela resposta individualista de cada ser, frente a um mesmo tratamento [...]’.²⁸ A exceção estaria naquela hipótese onde o cirurgião plástico se compromete com o resultado, demonstrando por croquis como ficará, por exemplo, o nariz de sua cliente, aqui sim a obrigação é de resultado, já que retirada pelo médico a álea do ato cirúrgico.²⁹ Nos demais casos citados (de vacinação, de transfusão de sangue, de segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, de raio X, de exames biológicos e laboratoriais de execução simples) admitimos, na linha da doutrina e jurisprudência majoritárias, a obrigação de resultado do médico.

Não se pode, portanto, levar ao extremo rigor, nos casos normalmente reconhecidos como de obrigação de resultado, a presunção de culpa em desfavor do médico, cabendo uma análise casuística, principalmente no que toca à álea do evento, o que, com certeza, gerará abrandamentos.

2.2 ERRO DE DIAGNÓSTICO

Verificar a responsabilidade médica em decorrência de um erro de diagnóstico não é tarefa fácil, pois depende de análise técnica que foge ao exame exclusivamente jurídico do julgador, especialmente porque não se pode admitir, em termos absolutos, a infalibilidade médica³⁰.

Apesar do ideal do médico ser de 100% (cem por cento) de acerto no diagnóstico e tratamento, “exigir do médico a obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres

²⁵ D.O. U. 06.02.1995, p. 184, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, AgRgAg 37.060/RS, STJ.

²⁶ TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinicius Ribeiro de. Ob. cit. Pág. 397.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 46.

²⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2001. Pág. 104/105.

²⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Ob. cit. Pág. 111.

³⁰ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 75.

humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico.³¹

A tendência na doutrina e na jurisprudência é no sentido de ser escusável o erro de diagnóstico, salvo nos casos de erro grosseiro, o que podemos observar nos acórdãos abaixo transcritos:

“Resp. Civil Médica – A responsabilidade civil requer prova cabal de culpa. Não resultando provada a culpa, NEM ERRO GROSSEIRO, descabe condenação.”³²

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO/ERRO DE DIAGNÓSTICO. DIAGNÓSTICO DE DOENÇA CORONARIANA. EXAMES MÉDICOS SUGESTIVOS DA MOLÉSTIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ERRO PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.”³³

“Responsabilidade civil – Laboratório de exames médicos – Erro Grosseiro de diagnóstico causador de falta de tratamento médico adequado à paciente, levando-a a risco de vida – Danos materiais e morais demonstrados – Obrigação do Laboratório ao mais amplo ressarcimento dos danos causados – Provimento do recurso para julgar procedente a ação.”³⁴

“Responsabilidade Civil. Exame Laboratorial. Câncer. Dano moral. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de câncer, o que foi comunicado de modo inadequado para as circunstâncias, a paciente tem o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do equívoco do primeiro resultado, no qual não se fez nenhuma ressalta ou indicação da necessidade de novos exames. (STJ, Resp. 257.036, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 12.09.2000 e publ. no DJ de 12.02.2001).”³⁵

O Professor Sérgio Cavalieri Filho também afirma que, para haver responsabilidade de médico, há de haver prova cabal de erro médico grosseiro, *verbis*:

“84 – A prova da culpa

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência de prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilidade do médico.”³⁶

Para exemplificar o que deve se entender por erro grosseiro, utilizo as palavras de Aguiar Dias:

“a) tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente o tratamento de uma doença que ele não tinha, sem se esforçar para descobrir de que moléstia realmente se trata; d) contra-senso cometido pelo médico em face de radiografia terminantemente clara [...]”³⁷

É de se ressaltar que a prova da culpa do médico por erro de diagnóstico não pode ser presumida pelo julgador, por força do §4º do art. 14 do CDC, julgador esse que não é experto em medicina, dependendo de perícia judicial em que fique evidenciada a existência de *erro grosseiro de diagnóstico*.

Trazemos para exemplificar, julgado citado pelo Professor Sérgio Cavalieri Filho em sua obra³⁸:

“84.4. A posição da Jurisprudência

A síntese de tudo que até aqui foi exposto, e que bem reflete a posição da jurisprudência sobre o tem em estudo, pode ser encontrada em erudito e lapidar acórdão da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatado no julgamento da Ap. Cível 5.174/92, do qual foi relator o douto Des. Laerson Mauro:

³¹ FOSTER, Nestor José. Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de resultado ou obrigação de meios? – Revista dos Tribunais, nº 738, São Paulo, abril 1997, Pág. 84.

³² AC, Rel. Des. Felisberto Ribeiro, 2ª CC/TJRJ. Julgado em 20.08.81, *in* Revista dos Tribunais, vol. 558/178.

³³ DOERJ 21.05.2002, Rel. JDS Des. Werson REGO, AC. 2001.001.26605, 4ª CC/TJRJ.

³⁴ DOERJ 24.08.2001, Rel. Des. MarianNa Pereira Nunes, AC. 2000.001.057996ª CC/TJRJ)

³⁵ MORAIS, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 167.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 251/252.

³⁷ DIAS, José de Aguiar *Apud* ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 37.

³⁸ CAVALIERI FILHO. Sérgio. Ob. cit. Pág. 254.

Responsabilidade civil – Erro médico – Configuração.

Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza *sui generis*, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, “a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc.,” em molde a caracterizar-se falta culposa no desempenho do ofício, não convindo, porém, ao Judiciário lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos.”

Sendo assim, só poderá o médico ser responsabilizado por erro de diagnóstico se, atuando nas mesmas condições externas que ele, um outro médico, prudente, não cometesse o mesmo erro.³⁹

Finalizando, nas palavras do Prof^o Miguel Kfourri Neto, “A postura do juiz no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos, cirúrgicos ou de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro profissional: ele terá de ter fé e apreciar a questão à luz do alegado e o provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos. Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico[...].”⁴⁰

2.3 PERDA DE UMA CHANCE

Outro ponto interessante, relativo à responsabilidade do médico, é a Teoria da Perda de Uma Chance, derivada da construção da doutrina francesa *perte d'une chance*, que se caracteriza por situações onde “*não é possível assegurar que um determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, o prejuízo a ser indenizado*

*consiste na perda de uma possibilidade (ou probabilidade) de cura, presumindo-se que a atuação do médico diminuiu essa possibilidade. A falta de prova do nexo de causalidade é uma das características da “perda de uma oportunidade”, mesmo sendo a oportunidade aleatória.”*⁴¹

A dúvida existente quanto ao nexo de causalidade entre o dano e a não realização de determinado ato pelo médico é suficiente para caracterizar a perda de uma chance, “posto que a culpa consiste em não ter oferecido ao paciente todas as oportunidades. A causalidade é jurídica, uma vez que não foi o médico que causou o dano. Seu erro foi não ter interrompido um processo natural da enfermidade, faltando, portanto, ao dever de agir para evitar o dano, isto é, ensejando a “perda de possibilidade de sobrevivência.”⁴²

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou uma Casa de Saúde e Maternidade ao pagamento de indenização por danos materiais e morais por ter demorado a levar um recém nascido, que posteriormente veio a falecer, para a unidade de terapia intensiva, apesar de não se ter comprovação de que tal fato tenha sido a causa de sua morte, aplicando ao caso a teoria da perda de uma chance:

“EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ENTIDADE HOSPITALAR. CASA DE SAÚDE E MATERNIDADE. ÓBITO DE RECÉM NASCIDO. APNÉIA IDIOPÁTICA SEGUIDA DE PARADAS CARDIORRESPIRATÓRIAS. DEMORA NO ENCAMINHAMENTO DO PACIENTE PARA UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. SERVIÇO HOSPITALAR DEFEITUOSO. FATO DO SERVIÇO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.. TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”⁴³

A Professora Heloisa Helena Barbosa traz como exemplos de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, dentre outros: “a) diagnóstico incorreto, gerando tratamento equivocado; b) diagnóstico correto, mas terapia incorreta.”⁴⁴

³⁹ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 75.

⁴⁰ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 76.

⁴¹ BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 62.

⁴² BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 62.

⁴³ DOERJ 01.09.2003, Rel. JDS. Des. Werson Rego, Embargos Infringentes nº 2002.005.00446, 3ª CC/TJRJ.

⁴⁴ BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 63.

3. A RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS

Os prestadores de serviços, como os hospitais, se enquadram na hipótese do art. 14 do CDC que prevê a responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa. Por essa razão, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência vem defendendo que, nos casos de erro médico praticado por médico, o hospital responderá objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Jerônimo Romanello Neto afirma de forma veemente que “Os hospitais, clínicas, prontos-socorros e demais estabelecimentos que prestem serviço médico, de emergência ou não, entram na definição de fornecedor estabelecida no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, dado que ‘serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁴⁵

Mais adiante prossegue afirmando que “Pelo art. 14 do mesmo Código, a responsabilidade do fornecedor de serviços tornou-se objetiva [...]. Ora, sendo os laboratórios e hospitais fornecedores de serviços, devem eles responder objetivamente pelos danos causados em decorrência de sua atividade fim.”⁴⁶

A grande maioria da jurisprudência segue esse mesmo raciocínio, cabendo aqui exemplificar com alguns julgados:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. EXAME LABORATORIAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO DE FORMA EMPRESARIAL (ART. 14, CAPUT, DO CDC). O erro de diagnóstico é fruto, quase sempre, de uma investigação mal realizada, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador. Dano material não comprovado. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de gravidez não esperada, a paciente tem, por outro lado, o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do erro do primeiro resultado. A lesão de bem integrante da personalidade caracteriza o dano moral, cuja reparação, através da fixação da correspondente indenização em dinheiro, representa

a necessária e justa compensação. Na falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, a extensão do dano, as condições da vítima e o atuar ilícito do agente. Há de orientar-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vítima à custa do injusto. Apelo parcialmente provido.”⁴⁷

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LESÕES EM DECORRÊNCIA DE CIRURGIA DE CESARIANA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. 1. O hospital ao permitir a utilização de suas dependências para que médico faça cirurgia, com uso de seus equipamentos e prestando serviços de apoio, também mantém relação jurídica com o paciente. 2. Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade do hospital é objetiva e somente será afastada quando provar que não prestou o serviço, que o defeito inexistiu ou que a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro. 3. O laudo pericial constatou as lesões e o nexo causal, não servindo para afastar a responsabilidade do prestador de serviços. 4. Dano moral que ocorre *In re ipsa*. 5. Quantum indenizatório fixado pelo juízo a quo, atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Improvimento dos recursos.”⁴⁸

Relativamente ao tema, Antônio Herman Benjamin⁴⁹ assinala que o CDC, “em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Adiante o renomado autor complementa que se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.”

Seguindo esse raciocínio chega-se à conclusão de que o paciente que for vítima de um suposto erro médico poderá optar entre propor uma ação em face do médico

⁴⁵ ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 125.

⁴⁶ ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 125.

⁴⁷ DOERJ 01.09.2003, Rel. Des. Laerson Mauro, AC. 2002.001.29655, 9ª CC/TJRJ.

⁴⁸ DOERJ 07.06.2006., Rel. Des. José Carlos Paes, AC. 2006.001.14561, 8ª CC/TJRJ.

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e *Apud* CINTRA, Lizia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.

fundada na responsabilidade subjetiva onde, em regra, terá que fazer prova da culpa (ressalvada a possibilidade de inversão do ônus da prova) ou ajuizar a ação contra o estabelecimento prestador de serviços médicos com base na teoria objetiva onde bastará fazer prova do dano e do nexo causal, sem se perquirir culpa. Ao que parece, por óbvio, os consumidores irão preferir ajuizar ações em face das pessoas jurídicas e nunca dos médicos, o que, de certa forma, deixará de responsabilizar os verdadeiros causadores dos danos, isso porque os estabelecimentos médicos só conseguirão cobrar os médicos através de uma ação de regresso ou de denúncia à lide (para aqueles que a admitem, já que o assunto é polêmico), soluções que demandam muito tempo. Existe ainda a necessidade da prova da culpa, que pode não existir. Tal situação pode gerar um enriquecimento indevido por parte do consumidor, pois, se ajuizar a ação em face do estabelecimento prestador de serviços médicos poderá receber uma indenização em função da responsabilidade objetiva deste, mesmo que o médico não tenha agido com culpa, o que parece ser injusto. Dessa forma, a única maneira da pessoa jurídica se exonerar do dever de indenizar será através da comprovação da ocorrência de um das excludentes do art. 14, §3º do CDC.

Miguel Kfoury Neto, em seu livro Responsabilidade Civil do Médico, traz notícia de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando que se estende aos estabelecimentos que prestam serviços médicos a exceção prevista no §4º do art. 14 do CDC, *verbis*:

“Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade Objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, §3º, do referido Código – Recurso não provido.”⁵⁰

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu nesse sentido em outras oportunidades, conforme se observa das ementas abaixo:

“Responsabilidade civil. Hospital. Reparação pretendida independentemente da prova da existência de culpa ou dolo da entidade.

Inadmissibilidade. Impossibilidade de aplicação do art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade decorrente do exercício de profissão liberal. Inteligência do art. 14, §4º, do mesmo diploma. Ação improcedente. Recurso não provido. (AgI 179.184-1-SP, j. em 17.09.92, Rel. Des. Marco César).”⁵¹

“Responsabilidade Hospitalar – Indenização – Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do consumidor – Responsabilidade objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – necessidade da prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, § 4º, do referido código – Recurso não provido.

Em ação de indenização contra o hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilidade objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho do médico – Aplicável, pois, o § 4º do art. 14 do referido Código (TJSP, Rel. Desembargador Marco César, RJTJSP – Lex 141/248).”⁵²

Essas decisões são inovadoras e ainda minoritárias no Judiciário, porém abrem uma nova perspectiva à exegese do mencionado artigo.

Comentando o citado acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que admitiu a extensão dos efeitos do §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor aos hospitais no caso de ato decorrente de trabalho médico, o Professor Miguel Kfoury Neto afirmou que “Desconsiderou-se a pessoa jurídica – cuja responsabilidade é objetiva -, alcançando-se a pessoa do médico – com o intuito de se verificar se o profissional, mesmo empregado da casa hospitalar, agiu ou não com imperícia, imprudência ou negligência. Noutras palavras, afirmou o órgão julgador que, haja ou não vínculo empregatício, é a análise da atuação pessoal do médico que determinará – ou não – a responsabilidade do estabelecimento. No caso de serviços prestados pelo profissional da medicina, portanto, não incidiria o §3º do art. 14 – sempre o §4º, em qualquer hipótese.”⁵³

Somente em decisão recente, datada de 16 de junho de 2005 o Colendo Superior Tribunal de Justiça se

⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

⁵¹ ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 297.

⁵² KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

manifestou sobre o tema, invertendo a tendência anterior e reconhecendo a responsabilidade subjetiva dos hospitais no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou que sejam ligados por convênio:

“CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.”⁵⁴

É importante salientar que, no caso dos hospitais, assim como nos demais estabelecimentos médicos, podem

os danos ser oriundos de duas situações distintas: os causados pelos serviços hospitalares, no âmbito do chamado contrato de hospedagem, atinentes aos exames, à enfermaria, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial e os decorrentes única e exclusivamente da atuação do médico. Com relação aos primeiros, não há qualquer discussão. A responsabilidade é objetiva, seja pelo funcionamento defeituoso de equipamentos como pela falha dos prepostos (pessoal paramédico).⁵⁵ No tocante aos últimos, a polêmica existente é com relação à extensão ou não da ressalva do art. 14, §4º do CDC, conforme acima discorrido.

Ruy Rosado de Aguiar Junior traz mais um assunto para discussão, fazendo distinção “em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: a) se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; b) se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos.”⁵⁶

A questão está longe de ser resolvida.

4. A RESPONSABILIDADE DAS SEGURADORAS E DAS OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE POR ERRO MÉDICO

A assistência privada à saúde originalmente prestada exclusivamente pelos médicos e hospitais, também alcança seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, cuja atuação “pode se dar mediante: a) planos privados que mantêm serviços próprios, contratam ou credenciam profissionais de saúde, ou reembolsam os beneficiários das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano; e b) seguros privados de reembolso ao segurado ou de pagamento, por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, dos eventos cobertos, nos limites da apólice”⁵⁷, tudo conforme disposto nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. No que toca aos seguros privados, por força do disposto no parágrafo único do citado art. 2º da Lei nº 9.656/98, “as seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde”⁵⁸, sem que

⁵⁴ D.O.U. 22.08.2005, P. 275, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 258.389/SP, STJ.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 54.

⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de *Apud* CINTRA, Lizia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.

⁵⁷ BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 51/52.

⁵⁸ BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 52.

isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados.

No que toca às operadoras de planos de assistência à saúde, a jurisprudência pacificou o entendimento de que elas são solidariamente responsáveis civilmente por erro praticado por médicos ou hospitais por elas credenciados. Nesse sentido trazemos à colação diversos julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais e morais causados.

II. Inexistência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário.

III. Cerceamento de defesa inocorrente, fundado o acórdão em prova técnica produzida nos autos, tida como satisfatória e esclarecedora, cuja desconstituição, para considerar-se necessária a colheita de testemunhos, exige o reexame do quadro fático, com óbice na Súmula n. 7 do STJ.

IV. Ausência de suficiente prequestionamento em relação a tema suscitado.

V. Recurso especial não conhecido.”⁵⁹

“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.”⁶⁰

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INCORREÇÃO. PROCEDIMENTO DA LIDE.

I. A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.

II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito.”⁶¹

Esse também é o entendimento consolidado pela doutrina, “no sentido de considerar responsáveis solidariamente as empresas e cooperativas de medicina de grupo, pelos erros dos médicos delas dependentes ou a elas credenciados.”⁶²

Já no que toca aos seguros-saúde e planos de assistência à saúde de livre escolha do médico, a doutrina vem entendendo não serem os mesmos responsáveis por eventual erro médico praticado, já que a escolha, *in casu*, foi do cliente, que poderia se valer de qualquer médico.⁶³

Entendemos, outrossim, pelo fato de o contrato de seguro ser caracterizado pelo reembolso, em forma de indenização, ao segurado das despesas por ele despendidas

⁵⁹ D.O.U. 17.03.2002, P. 234, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 328.309/RJ, STJ.

⁶⁰ D.O.U. 18.03.02, P. 257, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 309.760/RJ, STJ.

⁶¹ D.O.U. 17.04.00, P. 68, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 164.084/SP, STJ.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 58.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 58.

em razão do evento coberto pelo contrato, que a seguradora não possui responsabilidade por eventual erro médico praticado por médico ou ocorrido em hospital constante da listagem por ela fornecida aos seus clientes, vez que em momento algum está afastada a livre escolha do segurado que, optando por médico da listagem ou qualquer outro, tem garantido o reembolso por parte da seguradora dentro dos limites estabelecidos na apólice. Aliás, isso é o que dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Diferente é a situação dos planos de assistência à saúde onde a única opção do consumidor é a de escolher um dos médicos ou hospitais credenciados pela operadora, o mesmo não ocorrendo com o seguro saúde, onde a escolha pode recair em qualquer profissional escolhido pelo segurado, seja constante de listagem oferecida pela seguradora ou não.

Esse, entretanto, não é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em acórdão datado de 2001, desconsiderou o princípio da livre escolha dos segurados e condenou a seguradora solidariamente por erro médico praticado por profissional constante de sua listagem:

“SEGURO DE SAÚDE. Lista de Médicos e Hospitais Credenciados. Erro Médico. Fato do Serviço. Responsabilidade Solidária do Médico, Hospital e Seguradora. O artigo 14 do CDC responsabiliza objetiva e solidariamente todos os fornecedores de serviços, quer imediatos como mediatos, pelos danos ocasionados aos consumidores em função do defeito na prestação do serviço ou por informação incompleta acerca da segurança na sua execução ou fruição. Destarte, ao credenciar médicos e hospitais para formar expressiva rede de fornecimentos de serviços médicos e, assim, torná-los mais eficientes, atrativos e competitivos no mercado de consumo, a seguradora compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e estabelecimentos que seleciona. Confirmação da sentença.”⁶⁴

O tema suscitará diversas discussões antes de ser solidificado.

5. A DEFESA CABÍVEL NAS AÇÕES AJUIZADAS PELOS PACIENTES

5.1 AUSÊNCIA DE LESIVIDADE NO DIAGNÓSTICO

Um dos pontos mais abordados nas defesas apresentadas pelos médicos e estabelecimentos prestadores de serviços médicos, é a alegação de ausência de lesividade do diagnóstico.

Para que se configure o dever de indenizar faz-se necessária a ocorrência de alguns requisitos (ato ilícito, nexo causal e dano na responsabilidade subjetiva e nexo causal e dano na responsabilidade objetiva). Nesse caso, a alegação de inoccorrência de lesividade ao paciente vai de encontro justamente a um desses requisitos de configuração da responsabilidade civil, qual seja, o dano.

Seria truismo afirmar que a ciência médica não é infalível, como também não é infalível a profissão de advogado, nem a própria Justiça. Quantas demandas são perdidas por causa da falibilidade dos advogados. E inúmeras decisões judiciais são reformadas pelos Tribunais. E não se fala, em tais hipóteses, em responsabilidade para reparação de danos. O mesmo ocorre, *data venia*, com a profissão de médico. Mesmo tendo ocorrido falha do médico, que não trouxe qualquer consequência de ordem material à saúde do paciente, não há falar-se em indenização, principalmente quando se invocam danos hipotéticos: poderia ter morrido, poderia ter acontecido.

Os nossos Tribunais têm abraçado tal tese defensiva, dando ganho de causa para os profissionais e empresas que prestam serviços de diagnóstico por exames laboratoriais e radiológicos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por alegados danos morais – Ainda que tenha havido lamentável erro médico na interpretação do exame de ultrassonografia a que se submeteu a autora, quando grávida, não lhe provocou dano físico e nem de ordem moral, que pudessem justificar a indenização pretendida.”⁶⁵

“AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM

⁶⁴ DOERJ 11.04.2002, Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, AC 2001.001.25322, 2ª CC/TJRJ.

⁶⁵ DOERJ 09.08.2002, Rel. Des. Helena Bekhor, AC 2002.001.05723, 8ª CC/TJRJ.

RAZÃO DE ALEGADAS INFORMAÇÕES INSUFICIENTES E INADEQUADAS EM RESULTADO DE EXAME MÉDICO LABORATORIAL.

Insuficiência de elementos que pudessem indicar a gravidade da doença, de resto só identificável mediante parecer médico especializado. Imediata providência do médico assistente para esclarecimento das conclusões do laudo a que teve acesso o apelante. Renovação imediata do indigitado exame laboratorial com pronto esclarecimento de suas conclusões. Precipitação do apelante em razão de seu estado de permanente ansiedade psíquica. Não configuração do dano moral. Desprovemento da apelação.”⁶⁶

Em trecho do acórdão acima, os doutos desembargadores afirmam de forma expressa que

“Tendo ou não havido erro do laboratório na realização do exame de fls. 12/13, o mesmo não foi passível de despertar no íntimo do autor uma dor intensa, além de não causar-lhe qualquer abalo na sua estrutura psicológica, fatores estes caracterizadores do dano moral [...]”⁶⁷

Fica evidente a necessidade da ocorrência de lesão efetiva ao paciente para que o médico ou a empresa prestadora de serviços médicos seja responsabilizada e tenha o dever de indenizar o consumidor.

5.2 INVOCAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

As excludentes de responsabilidade, como se sabe, atuam sobre o nexa causal, rompendo-o e, em consequência, afastam o dever de indenizar.⁶⁸

O caso fortuito e a força maior, o que não podia deixar de ser, também atuam no rompimento do nexa de causalidade, sendo verdadeiras excludentes de responsabilidade. Apesar de não estarem expressamente previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, em seus arts. 12, § 3º e 14, § 3º, somente abraçou como excludentes de responsabilidade o fato de terceiro e a culpa

exclusiva da vítima, não de ser aceitas também como excludentes, mesmo quando se tratar de relação de consumo, que é o caso dos serviços médicos e hospitalares.

Na afirmação de Gustavo Tepedino “Quanto à hipótese de caso fortuito ou força maior, embora o CDC não a inclua, expressamente, como excludente, deve ser considerada como tal, uma vez que a sua ocorrência é capaz de romper o nexa de causalidade entre o acidente e o dano, indispensável à conflagração da responsabilidade.”⁶⁹

A Jurisprudência pátria segue esta mesma orientação:

“A 2ª Câmara Cível do TJRJ já houve por bem julgar improcedente ação movida contra hospital, por conta da morte de paciente provocada por disparos efetuados por grupo de extermínio que invadiu o local de internação, o que caracterizou o fortuito externo. Para reconhecer o fortuito externo, o acórdão se baseou no princípio da razoabilidade, pois, segundo aquela Câmara, tão-somente se poderia esperar que, no âmbito do seu dever de guarda, o hospital garantisse a segurança necessária para a execução da sua atividade-fim: O serviço prestado pelo hospital está direcionado primeiramente para a área médica. Obviamente, para que tal atividade-fim seja desempenhada corretamente, inúmeros outros serviços paralelos devem ser realizados, sendo que nestes está englobada a segurança. Dentro dos critérios de razoabilidade, tendo em vista um parâmetro social de conduta, é esperado que um hospital garanta a segurança das pessoas que neste se encontram, seja pacientes, acompanhantes ou empregados. Todavia, tal segurança que deve ser prestada tem o escopo exclusivo de garantir a exequibilidade da finalidade última da instituição, que é a prestação de serviço de saúde”(TJ RJ, 2ª Câmara, Apelação Cível no 11.472/99, Desembargadora Leila Mariano, julgado em 02/12/1999, votação unânime)⁷⁰

“Responsabilidade Civil - Indenização por erro médico - Tratamento cirúrgico de histerectomia por indicação médica - Acidente anestésico durante a cirurgia da paciente - Atuação eficaz da equipe médica - inoocorrência de negligência, imprudência

⁶⁶ DOERJ 14.05.2001, Rel. Des. Eduardo Sócrates Sarmento, AC 2001.001.01035, 10ª CC/TJ RJ).

⁶⁷ DOERJ 14.05.2001, Rel. Des. Eduardo Sócrates Sarmento, AC 2001.001.01035, 10ª CC/TJ RJ).

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 64.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65.

⁷⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Responsabilidade civil das entidades hospitalares. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2002. Pág. 92.

ou imperícia-acidente inevitável - Caso Fortuito - Desprovemento do apelo.”⁷¹

É de se ressaltar que não há de se admitir qualquer fortuito como causa excludente de responsabilidade. Apenas o caso fortuito externo à atividade médica há de ser aceito. O fortuito interno, aquele que ocorre dentro da entidade prestadora de serviços médicos, como por exemplo um defeito que interferisse nos equipamentos hospitalares, não tem o condão de romper o nexo de causalidade, mantendo-se o dever de indenizar.⁷²

Apenas para ilustrar a afirmação supra, trazemos à colação o acórdão abaixo transcrito, *verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESABAMENTO DE TETO. LOJA SITUADA NO SHOPPING CENTER. FATO DE TERCEIRO não configurado. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. Inexistência. CAUSALIDADE DA OMISSÃO. Configurada. NULIDADE DA SENTENÇA não caracterizada. CERCEAMENTO DE DEFESA não configurado. REVISÃO DO DANO MORAL. Impossibilidade. - Arbitramento Judicial em R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Princípio da razoabilidade - Para fixação do valor a compensar o dano moral sofrido em decorrência da violação do dever de segurança, deve o Magistrado sopesar a extensão do dano, atendendo, ainda, o princípio da razoabilidade, a fim de evitar que a compensação gere um verdadeiro enriquecimento ilícito. A revisão do dano moral só se mostra devida quando absurda e despropositada a condenação, o que não foi evidenciado nos autos. FATO DE TERCEIRO. Para ser invocada a excludente de responsabilidade é necessário que o dano tenha decorrido de conduta de terceiro, o que não foi evidenciado in casu. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. Da mesma forma, a alegação do caso fortuito e da força maior que decorrem ou da inevitabilidade do evento danoso ou imprevisibilidade, é necessário apontar que o dano, embora previsível não podia ser evitado ou, que o mesmo era ao tempo imprevisível. No caso dos autos, o dano podia ter sido evitado se não fosse a conduta omissiva. Portanto, em vista da causalidade da omissão, que só se verifica quando o

omitente tinha o dever de impedir o resultado, imputa-se a responsabilidade civil, ou ainda, pode ser evidenciado o chamado fortuito interno, que não exclui a responsabilidade. NULIDADE DA SENTENÇA que não se verifica, por ter havido oportunidade para a Apelante manifestar-se nos autos e, ainda, porque quanto ao suposto cerceamento de defesa, deveria ter interposto o recurso cabível no momento próprio. – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR I IMPROVIMENTO DOS RECURSOS.”⁷³

5.3 INEXIGIBILIDADE DE OUTRO RESULTADO, DENTRO DO CONHECIMENTO ATUAL (A QUESTÃO DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO)

Aqui também se discute mais uma espécie de excludente de responsabilidade não prevista de forma expressa no CDC e que vem ganhando muita força nos últimos anos, principalmente em razão de sua adoção pela União Européia, através da Diretiva nº 85/374 (Art. 7º, e).

Duas questões são abordadas pelos doutrinadores para sustentar a aplicação do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade nas relações de consumo, que são: a) o interesse da sociedade no aprimoramento da ciência e b) desencorajamento do setor produtivo na comercialização de produtos novos.⁷⁴

Através de uma interpretação *a contrario sensu*, conclui-se ser lícito ao fornecedor (de produtos e tratamentos médicos) inserir no mercado produtos e tratamentos que não sabia – nem deveria saber (em razão do conhecimento científico existente à época da inserção), apresentarem certo grau de perigo, *standard* esse que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa da segurança do consumidor.⁷⁵

Em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, o Professor James J. Marins de Souza ressaltou brilhantemente a questão do conhecimento da ciência à época da introdução do produto no mercado, dizendo: “Ademais, se se levar em conta a época em que o produto foi colocado no mercado de consumo – circunstância obrigatória relevante – não pode haver legítima expectativa de segurança que vá além da ciência existente. Isto é, qualquer

⁷¹ DOERJ 08.08.2003, Rel. Des. Helena Belc Klausner, AC 2003.001.06044, 12ª CC/TJRJ.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65. No mesmo sentido: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Ob. cit. Pág. 92.

⁷³ DOERJ 08.05.2006, Rel. Des. Sidney Hartung, AC 2006.001.08498, 4ª CC/TJRJ.

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 66.

expectativa de segurança somente é legítima se não pretender que o produto possa superar o grau de conhecimento científico existente quando de sua introdução no mercado. Com isto se quer dizer que ‘o limite da previsibilidade exclui a obrigação de reparar aqueles eventos danosos que no momento da comercialização do produto não houveram podido ser previstos de acordo com o nível de conhecimentos científicos e técnicos existentes nesse momento (entwicklungsgefahren)’⁷⁶, chegando mesmo a possibilitar que se afirme tratar de hipótese de “caso fortuito”, liberador da responsabilidade.

Dessa forma, a alegação de inexigibilidade de outro resultado, dentro do conhecimento atual da medicina, se baseia totalmente na teoria do risco do desenvolvimento, sendo, portanto, plenamente admissível, consoante entendimento que vem prevalecendo na doutrina e, ao que tudo indica, também prevalecerá na Jurisprudência.

5.4 FATOS DAS COISAS⁷⁷

Neste tópico abordamos as questões relacionadas aos aparatos utilizados pelo médico no exercício de sua profissão, como por exemplo, os instrumentos cirúrgicos e os aparelhos de raios X.

Ocorrendo dano ao paciente em decorrência do uso desses equipamentos, o médico poderá ser responsabilizado e ser obrigado a indenizá-lo.

Há de ser feita uma distinção: o dano causado pelo próprio médico por intermédio dos aparelhos e o dano diretamente causado pelo próprio aparelho.

No primeiro caso, o médico responde pelo dano que causar através dos instrumentos hospitalares, por não dominar a respectiva técnica de uso e manejo ou por utilizar aparelho em condições inadequadas. A prova liberatória da culpa deve ser produzida pelo próprio médico, que deverá demonstrar que o dano não foi ocasionado pela utilização indevida nem pelas condições do aparelho, já que o médico, assim como os entes prestadores de serviços médicos, têm o dever de prudência e diligência quando utilizam um produto ou instrumento, devendo ter maiores cuidados na escolha, manutenção e conservação deles.⁷⁸

⁷⁶ SOUZA, James J. Marins de. Risco de Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pág. 128.

⁷⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Ob. cit. Pág. 115.

⁷⁸ ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 120.

⁷⁹ ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 120.

⁸⁰ ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Págs. 121/122.

⁸¹ CINTRA, Lizia de Pedro. Ob. cit.

⁸² DIAS, José de Aguiar *Apud* SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil no erro médico: Filosofia y Derecho. Disponível em: <<http://www.filosofiaderecho.com/cedj/numero0/erro2.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2003.

No segundo caso, de dano causado diretamente pelo equipamento, cujo defeito o médico não conhecia nem podia prever, a responsabilidade é do fabricante.⁷⁹

Ora, se o dano foi ocasionado pelo aparelho e não pelo médico, deve o fabricante ser responsabilizado de forma objetiva perante o consumidor, já que não obrou o profissional de saúde com culpa. Aqui, médico e paciente são equiparados por força do art. 17 do CDC, podendo ambos pleitear o ressarcimento de seus prejuízos face ao fabricante ou mesmo ao importador, quando for o caso.⁸⁰

Lizia de Pedro Cintra defende que a hipótese seria de direito de regresso do médico em face do fabricante/importador e não de exclusão de responsabilidade, afirmando que “Caso um incidente ocorra, tendo sido provocado por instrumento defeituoso ou com vício de fabricação, a responsabilidade última será do fabricante ou do importador do aparelho. Sendo o médico condenado a indenizar prejuízo ao doente, decorrente desse tipo de defeito ou vício, caberá a ele impetrar uma ação de regresso contra o importador do equipamento ou seu fabricante, para ser ressarcido das despesas que teve por ser responsabilizado, em juízo, pelos danos causados ao paciente.”⁸¹

É de se salientar que nesse caso também está presente o dever de informar, cabendo ao médico alertar o consumidor sobre eventuais riscos existentes no aparato por ele utilizado. Nas palavras de José de Aguiar Dias “Temos dúvida em aceitar integralmente o ensinamento, considerando que o cliente, de ordinário, ignora os riscos de instrumentos médicos. Como presumir que aceite estes riscos? O caso, para nós, incide no âmbito da regra fundamental concernente ao exercício da profissão. Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas conseqüências danosas, se não o faz.”⁸²

Fica mais uma vez evidente o papel da confiança na relação médico-paciente, que, caso violada, importa na responsabilização do profissional e no conseqüente dever de indenizar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil, tanto dos médicos como dos hospitais, seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, ainda está sujeito a discussões, seja no tocante à forma da responsabilização (subjéctiva ou objectiva),

ao tipo de obrigação (de meio ou de resultado) ou da extensão da ressalva prevista no §4º do art. 14 do CDC.

As falhas em diagnósticos trazem à discussão algumas questões relevantes, visto que podem causar danos, em certos casos até irreversíveis e extremos como a morte de um paciente em decorrência de um diagnóstico equivocado. No tocante às excludentes de responsabilidade, o ponto mais intrigante é o risco do desenvolvimento, assunto bastante recente e que gera as mais ardentes discussões, não só no campo da medicina, mas em todas as relações consideradas de consumo.

Ainda que apontado como ponto, parece-nos insustentável a responsabilidade das seguradoras como decorrência do fornecimento de relação de médicos aos clientes consumidores.

Por fim, podemos eleger a confiança e, como conseqüência, o dever de informar do médico, os elementos fundamentais na relação médico-paciente e em todas as relações dela decorrentes, sendo sua violação fato gerador do dever de indenizar.

7. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Heloisa Helena. A responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 49-64, jul/set. 2004.
- CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 271-278, jul/set. 2003.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos *in* CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliana Fernandes. *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 128-172.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CINTRA, Lizia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.
- DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FOSTER, Nestor José. *Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de resultado ou obrigação de meios?* – *Revista dos Tribunais*, nº 738, São Paulo, abril 1997.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 101/116, jan/mar. 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998.
- MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Responsabilidade civil das entidades hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 79-109, abr./jun. 2002.
- ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*, 1.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade e objeção de consciência religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p.121-139, 2005.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo v. 6, 1993.
- SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil no erro médico: Filosofia y Derecho. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.com/cedj/numero0/erro2.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2003.
- TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinícius Ribeiro de. Jurisprudência selecionada. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 408-409.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 123.

