

ESCOLA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

MANUELA BUSSMANN BAZZAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR NA PRÁTICA RECENTE DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Porto Alegre
2023

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR NA PRÁTICA RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Manuela Bussmann Bazzan ¹

Liane Tabarelli ²

RESUMO

Atualmente, em virtude das crescentes demandas médicas no Poder Judiciário Brasileiro, o estudo da responsabilidade civil médica, em especial no que tange à divergência jurisprudencial recente, torna-se essencial para o alcance das melhores soluções jurídicas possíveis. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar a estrutura da responsabilidade civil brasileira, com relação à responsabilidade dos médicos e hospitais e a sua aplicação, através da observância de dois acórdãos de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, onde assenta-se divergência. Justifica-se a escolha do tema pela relevância que o instituto da responsabilidade civil médica abrange na atualidade, bem como pelo fato de que houve pronunciada divisão entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça neste ano, no tocante à responsabilização dos hospitais. O método utilizado para confecção da presente pesquisa foi o dedutivo, tendo como fontes a revisão bibliográfica, a legislação e a jurisprudência nacionais. O Código de Defesa do Consumidor, pelo fato do médico ser um fornecedor de serviços, tem incidência na relação deste com o respectivo paciente. No que tange à responsabilidade dos hospitais, além dos pressupostos básicos, deve-se analisar a divergência jurisprudencial instaurada recentemente, especialmente quanto à responsabilidade objetiva e subjetiva. Por fim, conclui-se que, mesmo com a robusta previsão legal e jurisprudencial acerca da temática, somente a análise pormenorizada do caso concreto poderá definir com precisão a melhor solução jurídica a ser tomada acerca da responsabilidade civil médico-hospitalar.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médico-hospitalar; Código de Defesa do Consumidor; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça; Método de pesquisa dedutivo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade médico-hospitalar na jurisprudência pátria, considerando suas especificidades e necessidade de um olhar mais cuidadoso, principalmente frente a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

O presente estudo justifica-se pela insegurança do posicionamento jurisprudencial, que acaba sendo instável quando da análise da responsabilidade dos hospitais. Além disso, justifica-se para que se possa diferenciar a responsabilidade subjetiva dos médicos e objetiva dos hospitais, a fim de garantir a correta análise dos casos concretos.

Salienta-se que a responsabilidade civil médica sempre foi vista com atenção pelos operadores do Direito, e com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, acarretou diversos desdobramentos.

¹ Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: manuela.bussmann@edu.pucrs.br.

² Orientadora: Prof.^a Dra. Liane Tabarelli. Professora adjunta do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: liane.tabarelli@pucrs.br.

No entanto, se verifica, da análise dos Tribunais, que há ainda uma certa insegurança quanto à aplicação das teorias da responsabilidade civil, principalmente quando se trata da responsabilização dos hospitais por eventuais erros médicos, o que preocupa, já que as demandas em face de entidades de saúde vêm crescendo nos últimos anos.

Nesse ponto, torna-se necessário analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor, com relação aos erros cometidos por médicos no exercício da sua atividade, visto que é fornecedor de serviços, bem como as disposições presentes no Código Civil, que inferem acerca da responsabilidade de hospitais por seus prepostos e o direito de regresso.

Primeiramente, serão realizados comentários acerca da responsabilidade civil, conceituando-a e versando suas características no que tange sua subjetividade e a objetividade, à responsabilidade contratual e extracontratual. Após, serão abordados pressupostos do dever de ressarcir, abrindo três subtópicos para falar sobre cada pressuposto, dentre eles: a ação ou omissão, que é o ato praticado que gera a responsabilidade civil; o nexo causal, que faz a ligação entre a conduta e o dano; e o dano, que é o resultado que acarreta a indenização.

Outrossim, será feita análise acerca do direito da saúde, como um direito fundamental social, visto que a noção dessa disposição legal norteia a maior parte dos entendimentos na relação jurídica entre um médico e o seu paciente. Ademais, estuda-se a relação médico-paciente, frente à legislação consumerista, com apontamentos do Código de Ética Médica, eis que é o norteador dos limites profissionais do médico.

Desse modo, busca-se, através da presente pesquisa, a partir de uma abordagem dedutiva, analisar a estrutura da responsabilidade civil brasileira com relação à responsabilidade médico-hospitalar, a fim de estabelecer os limites da responsabilidade de ambos frente às demandas por erro médico, baseando-se em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Para essa análise, fez-se necessária a leitura e revisão bibliográfica acerca dos princípios que norteiam a atividade médica, bem como artigos científicos e doutrina sobre o instituto da responsabilidade civil e, após, especificamente acerca da responsabilidade médica e hospitalar, para que fosse possível compreender as obrigações e direitos dos médicos e hospitais frente ao consumidor, ou seja, o paciente.

Destarte, busca-se, através desta pesquisa, analisar e esclarecer como o ordenamento jurídico brasileiro atua nessa seara, o que será feito a partir do cotejo entre dois acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça, como forma de evitar a insegurança causada por decisões conflitantes.

2 DO DIREITO DOS DANOS E O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto presente no ordenamento jurídico cível brasileiro, o qual propõe a reparação de danos, responsabilizando quem os realizou de modo culposos ou não. Com isso, surge-se a ideia de prestação e contraprestação, que, nas palavras de Bruno Miragem, demonstra a ideia de obrigação e responsabilização pelo dano:

[...] o direito das obrigações, no qual se situa a disciplina da responsabilidade civil, estrutura-se sobre a relação entre dever/débito e responsabilidade (*Schuld und Haftung*, no direito alemão). O objeto da relação obrigacional de responsabilidade civil será sempre o dever de indenizar, aí entendido o dever de responder com seu patrimônio pela reparação da vítima do dano ao qual se lhe imputa responsável.³

³ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 22.

Há a exigência de que se tenha previamente um dever jurídico primário, onde se impõe uma obrigação, a qual, se violada, faz surgir a necessidade de reparação do dano causado, daí a incidência da responsabilidade civil. Basicamente, o que se entende é de que a responsabilidade segue a obrigação, visto que esta não existe sem uma prévia violação da primeira.

Assim, pode-se verificar que, após o avanço legislativo, hoje encontra-se postulado no Código Civil, em seu artigo 389, que somente se não cumprida a obrigação primária, o devedor será responsabilizado pelas perdas e danos sucessivos do dano injusto.

A obrigação é o direito que o credor tem de exigir a sua obrigação, ficando o devedor ligado ao adimplemento da prestação em proveito do outro. E nesse ponto, a responsabilidade civil, age imediatamente após a ocorrência de um dano, pois é a obrigação o principal efeito da prática do ato ilícito, por isso se resolve de forma pessoal, convertendo-se em perdas e danos.⁴

Segundo Carlos Alberto Gonçalves “As obrigações derivadas dos ‘atos ilícitos’ são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem.”⁵

De tal modo, a operação da responsabilidade se inicia a partir do dano, que faz nascer a obrigação de repará-lo, buscando tornar o lesado íntegro como estava antes, colocando-o na posição que estaria se não tivesse ocorrido o dano.⁶

O dano realiza uma quebra no equilíbrio estabelecido nas relações, qual seja a divisão determinada pelas partes, em que uma terá uma obrigação já preestabelecida, restando a outra a obrigação-dever de suprir a esta o esperado, não cometendo dano injusto.

O dano pode resultar ou não em um ato ilícito, sendo que, aquilo que o ordenamento jurídico define ser intolerável, merece a eliminação ou compensação, portanto será um dano injusto, surgindo a obrigação de reparar.⁷

Basicamente, a função da responsabilidade civil é reestabelecer a estrutura, ou ao menos atenuar ao mais próximo possível, às condições existentes previamente ao acontecimento do dano, onde houve a quebra da via de mão dupla da obrigação-dever, surgindo o ato ilícito reparável.

Há de se pontuar os limites desta reparação, haja vista que, já estabelecido no ordenamento, a indenização será medida pela extensão do dano. Ou seja, nos limites impostos pelo próprio dano, não mais nem menos do que os efeitos por ele disseminados.⁸

Sendo assim, se faz necessária a análise minuciosa de cada etapa dos requisitos do dever de indenizar, que compõe esse instituto.

3 REQUISITOS DO DEVER DE INDENIZAR

Os requisitos do dever de indenizar são os elementos que integram a responsabilidade civil, ou seja, são os pressupostos que garantem que o lesado tenha seus direitos garantidos e atendidos.

A responsabilidade civil, consoante apresentado por Sérgio Cavalieri Filho, é composta por um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico por meio de conduta voluntária,

⁴ GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 02 set. 2023. p. 18.

⁵ GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 02 set. 2023. p. 18.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 13.

⁷ GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 02 set. 2023. p. 18.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 13.

bem como elemento subjetivo, do qual se extrai o dolo e a culpa. Por fim, refere que há um elemento causal-material, que se trata do próprio dano da relação causal.⁹

Em sentido diferente, há autores que defendem a conduta antijurídica como elemento caracterizador, como Bruno Miragem, o qual defende como essencial para indenizar a conduta antijurídica, o dano, somados ao nexo de causalidade.¹⁰

Diante desta breve explanação introdutória, serão analisados a seguir, os pressupostos do dever de indenizar, de forma pormenorizada, dentro da temática central.

3.1 AÇÃO E OMISSÃO

São conceituadas de modo que significam um comportamento humano, que se reproduz através de uma ação ou omissão, que produzem consequências jurídicas.

Assim como no meio do direito penal, para o direito civil também é a conduta humana a primeira porta de análise da incidência da responsabilidade civil. Isso pois, ao se viver em sociedade, ao homem são impostas obrigações e deveres aos quais há um dever geral de cuidado.¹¹

A ação, é um comportamento positivo, que produz movimento corpóreo evidente, destrói algo. Por outro lado, a omissão é o deixar de fazer, é a inatividade, a abstenção.¹²

Nesse sentido, para que a omissão tenha relevância jurídica, é preciso que haja uma prévia previsão do ordenamento, uma norma positiva, que descreva que o não fazer, quando se é devido, acarreta consequências jurídicas.¹³

É o caso de um médico, que assumiu a obrigação de atendimento ao seu paciente, nesse caso, em não fazendo o previsto, responde simplesmente pela falta deste.¹⁴

A omissão é realizar conduta que, se realizada, impediria o resultado, pois o agente, nas condições que estava, não pode deixar de fazer. Em suma, é um dever que o agente tinha, e pelo *non facere* dele, acabou causando danos, por meio de um ato ilícito.¹⁵

Como referido por Sérgio Cavalieri Filho, a omissão pode ser considerada como o que se faz não fazendo, ou seja, o fato de não tomar alguma atitude, gera uma consequência, é a opção em não fazer, o que configura uma ação, a escolha de não fazer.¹⁶

Nessa lógica acrescenta que “não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impede que o resultado se concretize.”¹⁷

Portanto, só deverá ser responsabilizado por omissão, quem possuía o dever de agir.

Realizados breves apontamentos a respeito da ação e omissão, passa-se à análise de mais um requisito da responsabilidade civil, sendo ele, o nexo de causalidade.

3.2. NEXO DE CAUSALIDADE

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 28.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 10 set. 2023. p.72.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 12.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 28.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 36.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

O nexo causal é, segundo Daniela Lutzky “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão, e o dano; em outras palavras, é o vínculo entre dois eventos, apresentando-se um como a consequência do outro.”¹⁸

Este pressuposto dita os limites da incidência da responsabilidade civil, haja vista que tramita entre as limitações do dever de indenizar, pois, cada agente deverá suportar o dano à medida em que colaborou para a ocorrência do resultado.

Como refere Sérgio Cavalieri Filho, o nexo causal talvez seja o elemento de maior importância em todas as espécies de responsabilidade civil, pois sem ele, não é possível analisar a relação entre o fato e o dano.¹⁹

A doutrina dita que, não basta que o agente tenha cometido um ato ilícito, é preciso que haja uma relação com o efeito danoso, que acarretou prejuízos à vítima, como uma relação de causa e efeito. É um elo criado, sendo que, sem a ocorrência da ação ou omissão do agente, a causa (dano) não teria acontecido, e é esse o ônus probatório em uma demanda reparatória.²⁰

Outrossim, em um dano com várias causas concorrendo para a ocorrência deste resultado, o que se tem é a imposição ao julgador, para analisar o dano, e principalmente quando houver várias causas concorrendo para este resultado. Nesse ponto, será realizada uma redução, restando somente a causa que mais se revelar idônea para a produção daquele resultado.²¹

Ainda, nesse sentido “O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que, após este processo de depuração, se revelar a mais idônea para produzir o resultado.”²²

Por outro lado, diante da omissão do legislador em estabelecer regra específica acerca do nexo causal, observa-se que a doutrina ficou responsável por esta tarefa.²³ Nesse sentido, a teoria acolhida pelo ordenamento jurídico civil brasileiro é a do dano direto e imediato, que é positivada no artigo 403 do Código Civil.²⁴

Segundo esta, como ensina Carlos Roberto Gonçalves, não se indeniza o dano remoto, oriundo de uma consequência dita indireta do dano, pois requer-se que haja uma relação de causa e efeito direta e imediata.²⁵

Portanto, segundo esta teoria, o nexo causal é rompido quando o próximo fato, ao qual surge o dano, é um fato natural. Ou seja, essa concausa superveniente, não é a mais apta a produzir o evento, e, por isso, deverá ser desconsiderada.²⁶

Nesse ponto, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

Não basta que o fato (condição) tenha condicionado o resultado, no sentido de que o fato tenha sido uma condição sem a qual o resultado em espécie não teria ocorrido. É preciso que a ação, no momento que se pratica, se apresente como idônea para determiná-lo, que tenha probabilidade de provocar o resultado.²⁷

¹⁸ LUTZKY, Daniela. **Courtes. A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 121.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 58.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 58.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 58.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 58.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 63.

²⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 out. 2023).

²⁵ GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Volume 4**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 05 out. 2023. p. 393.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 63.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 61.

Logo, percebe-se que há uma necessidade de uma interrogação acerca da ação ser apta para produção do resultado, pois os nexos causais não aptos, serão irrelevantes ao ordenamento jurídico.²⁸

Em face dos apontamentos feitos para a compreensão do nexo de causalidade, no próximo subtópico serão feitos comentários acerca do terceiro requisito do dever de indenizar, o dano.

3.3 DANO

O terceiro pilar que edifica o instituto da Responsabilidade Civil é o dano. Segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, muitos conceitos advêm dos efeitos do dano, ou seja, das suas consequências, sem se observar a sua origem ou ponto de partida²⁹.

A professora Daniela Courtes Lutzky define o dano como “lesão de um direito ou de um bem jurídico qualquer”³⁰ Já Carlos Roberto Gonçalves preceitua dano como um conceito em que se verifica uma diminuição de um bem jurídico, seja ele patrimônio, honra, saúde ou qualquer um suscetível de proteção.³¹

Portanto, o dano, em um sentido jurídico amplo, é a lesão a qualquer bem jurídico, tanto patrimonial, como extrapatrimonial, que impõe a reparação do prejuízo experimentado pela vítima, ao qual, se possível, restaurará o estado que se encontrava antes da ocorrência do ato, abrangendo tudo aquilo que se perdeu.³²

Ainda, nessa linha, Bruno Miragem diz:

Dano é consequência da violação de um direito. Como pressuposto da responsabilidade civil, note-se que só se pode referir à indenização e ao dever de indenizar na medida em que haja dano injusto. É a existência do dano injusto que se configura causa de atribuição patrimonial para que determinado valor pecuniário se transfira do patrimônio do autor do dano ou de quem responda pelo dever de indenizar para a vítima.³³

Em suma, o dano atinge a proteção de qualquer bem jurídico tutelado, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Assim, passa-se ao estudo das modalidades de dano.

3.3.1 DANOS PATRIMONIAIS (MATERIAIS): DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES

Os danos patrimoniais são aqueles em que há um interesse patrimonial em debate, é aquele em que há uma imediata redução patrimonial da vítima, ou a impede de obter vantagem futura, que, sem a ocorrência do ato ilícito, teria obtido.³⁴

Nessa linha, Arnaldo Rizzardo refere que “Consuma-se o dano com o fato que impediu a satisfação da necessidade econômica.”³⁵ E, nesse ponto, atinge não só coisas corpóreas, como

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 61.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 92.

³⁰ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.130-131.

³¹ GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 05 out. 2023. p. 305.

³² GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 05 out. 2023. p. 305.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 25 set. 2023. p. 94.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 12 set. 2023. p.101.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg. 16.

incorpóreas, como o direito de crédito, e, portanto, a forma de reparação se dá de forma diretamente pecuniária, ou equivalente como indenização.³⁶

Sobre isso, estabelece o artigo 402 do Código Civil que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”³⁷. Desse modo, surge do dano material dois possíveis efeitos, os quais ensejam a subclassificação em lucros cessantes e danos emergentes.

Os lucros cessantes subentendem-se em uma perda de ganho que era esperada pela vítima, uma considerável diminuição do patrimônio desta, que, em virtude de uma consequência do ato ilícito.³⁸ Cabe ressaltar que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o prejuízo decorre não somente de uma paralização da atividade produtiva do lesado, mas também da interrupção “dos rendimentos que alguém vinha a obtendo de sua profissão e frustração do que era esperado”.³⁹

Todavia, os danos emergentes, também chamados de positivos, são aqueles que implicam uma imediata redução patrimonial da vítima, ou seja, o que ela efetivamente perdeu. Nas palavras de Bruno Miragem “Há, pois, um empobrecimento da vítima, decorrente da violação de direito praticada pelo agente.”⁴⁰ Ainda, segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, aplica-se o princípio da diferença, que é a diferença entre a situação provocada pelo ato ilícito, e a condição em que a vítima se encontraria, caso não houvesse ocorrido o dano.⁴¹

Efetuada a conceituação e divisão acerca do dano patrimonial, será abordado as particularidades no tocante aos danos extrapatrimoniais, também chamados de imateriais.

3.3.2 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS (IMATERIAIS)

Além da existência dos danos materiais, que afetam o patrimônio do lesado, há os danos extrapatrimoniais, também chamados de imateriais. Nesta perspectiva, conforme Daniela Courtes Lutzky, “são aqueles que atingem os sentimentos, a dignidade, a estima social ou a saúde física ou psíquica, ou seja, alcançam o que se pode denominar de direitos de personalidade ou extrapatrimoniais”.⁴²

Já Sérgio Cavalieri Filho, em sua doutrina, dita os danos imateriais como aqueles que causam perda, dor, desconforto, que afetam os direitos de personalidade e ferem à integridade moral do homem.⁴³

Ainda, refere duas classificações quanto aos direitos de personalidade, sendo o primeiro referente à integridade física, à vida e o corpo, ao passo que o segundo incide no que toca à moral, à intimidade e honra.⁴⁴

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 93.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 94.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 94.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 12 set. 2023. p.102.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 93.

⁴² LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.130-131.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 103.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 103.

Desse modo, através da Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 5º, incisos V e X, é possível reparar o dano moral, sendo válido a cumulação com o dano material.⁴⁵ E nesse ponto, sustenta a professora Daniela Courtes Lutzky que, a partir das interpretações jurisprudenciais, serão reformuladas as hipóteses de incidência dos danos imateriais, de acordo com os casos concretos.⁴⁶

Realizados comentários acerca da conceituação dos danos imateriais, no próximo item pretende-se aprofundar o entendimento acerca do dever de ressarcir, tratando da culpa e risco.

4 FUNDAMENTOS DO DEVER DE RESSARCIR: CULPA E RISCO

Quando se inicia o estudo da culpa e do risco, dentro da Responsabilidade Civil, deve-se atrelar às noções de Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.

Diz-se da responsabilidade subjetiva aquela que, fundada na culpa ou dolo do agente, seja por ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia, realiza atos que configurem ato ilícito. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o Código Civil coloca a culpa como elemento fundamental da responsabilidade subjetiva, estampada no artigo 186⁴⁷, sendo empregada em sentido amplo, como também o dolo.⁴⁸

Assim, quando diante de uma situação de caracterização da responsabilidade, caberá à vítima fazer a prova da culpa do agente, a fim de garantir a reparação do dano, o que, no entendimento de Sérgio Cavalieri Filho “nem sempre é possível na sociedade moderna”⁴⁹.

Desse modo, cabe pontuar que, seguindo a linha do artigo 186 do Código Civil, Sérgio Cavalieri Filho faz uma divisão mediante a análise do texto. O primeiro deles é a parte inicial do artigo, que dita que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Ou seja, fica evidente onde se insere a conduta, de onde parte a análise da conduta culposa, que pode se dar por uma ação ou omissão voluntária.⁵⁰

No segundo tópico, faz-se a ligação com o nexo de causalidade, ligada pelo verbo “causar” do artigo, que é responsável por ligar a conduta culposa ao resultado realizado. E, por fim, quanto ao final do artigo, foca-se no dano, que implica uma indenização à vítima que foi afetada por ele.⁵¹

Portanto, a responsabilidade subjetiva fica evidente, pois é necessária uma prova prévia da ocorrência do dano, não bastando por si só, diferente do que ocorre com a responsabilidade objetiva.⁵²

Outrossim, ainda há de se falar sobre a responsabilidade objetiva. Com a crescente industrialização e modernização das relações, muitos acidentes e danos surgiram, e com isso, a simples e exclusiva verificação de culpa para a responsabilidade civil, se mostrou insuficiente.

⁴⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2023.

⁴⁶ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.132-133.

⁴⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 set.2023).

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 27.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 27.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 28.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 28.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 29.

Foi então, com o advento da Constituição Federal de 1988, que posteriormente influenciou o Código de Defesa do Consumidor, que a responsabilidade objetiva teve seu grande marco.⁵³

Nesse campo, basta o nexo causal entre o defeito do produto ou serviço com o fornecedor que o colocou no mercado.⁵⁴ Segundo Arnaldo Rizzardo, o elemento culpa é retirado da análise da responsabilidade não somente pela dificuldade em algumas situações, mas porque a própria atividade implica a indenização pelo dano posto ao seu destinatário.⁵⁵ Portanto, está-se diante da teoria do risco, onde se responde simplesmente porque ocorreu o dano.

Conforme Arnaldo Rizzardo exemplifica, existem atividades que, mesmo tomando todas as medidas devidas, os riscos não são eliminados, pois faz parte da integralidade do meio viabilizar tais danos⁵⁶. O risco, por si só, é o perigo, a probabilidade do dano que leva o atuante da atividade a assumir os riscos por ela decorrentes.⁵⁷

Seguindo essa linha Sérgio Cavalieri Filho define a teoria do risco:

[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.⁵⁸

Portanto, cabe analisar somente se houve dano, sendo irrelevante a vontade do agente em causá-lo. Conforme Sérgio Cavalieri Filho, o risco ultrapassa as possibilidades humanas, se aproximando das máquinas, das coisas, pois ter um caráter impessoal.⁵⁹ E, acerca da identificação do risco, Bruno Miragem leciona no sentido de “a identificação dos riscos é deixada integralmente ao intérprete no caso concreto, de modo a merecer críticas acerca do excessivo alargamento de hipóteses a serem consideradas, pela jurisprudência, para a imputação de responsabilidade.”⁶⁰

Realizado o estudo acerca da responsabilidade subjetiva e objetiva, passa-se à análise de outra modalidade do instituto da responsabilidade civil: a contratual e extracontratual.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Para compreender de forma mais abrangente o instituto da Responsabilidade Civil, é necessário que se entre dentro de outra classificação desta. Quando se fala em responsabilidade contratual e extracontratual, é preciso uma análise prévia quanto ao pressuposto de existência de um dever jurídico prévio, no âmbito do direito obrigacional.

E assim, segundo a divisão doutrinária, se existente um vínculo jurídico prévio, o dever de reparar é contratual. Entretanto, se a violação ocorrer sem qualquer relação entre vítima e ofensor, se terá a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana.⁶¹

Como ensina Sérgio Cavalieri Filho, em ambas as classificações há violação de um dever jurídico pré-existente, contudo, a diferença se incide no local de previsão deste dever.⁶²

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 31.

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg. 34.

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg. 34.

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg. 35.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 201.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 203.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 203.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 12 set. 2023. p.68.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 26.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 26.

Quando se fala em responsabilidade contratual, a previsão do dever jurídico se encontra em um contrato, que cria um vínculo jurídico entre as partes. Já quando se fala em responsabilidade extracontratual, o que se tem é uma disposição legal, que abarca não somente os envolvidos no ilícito, mas sim toda ordem jurídica.⁶³

Na mesma linha, Sérgio Cavalieri Filho sintetiza “Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.”⁶⁴

Quanto a sua diferenciação, Ruy Rosado Aguiar Júnior dita que a diferença também encontra respaldo na carga probatória atribuída às partes, visto que na responsabilidade contratual, o autor poderá apresentar o contrato, o fato do inadimplemento e o dano, demonstrado assim o nexo de causalidade. Contudo, na extracontratual, o autor terá de provar a culpa do causador do dano, o que, se não bem o fizer, poderá ensejar a isenção do causador do dano.⁶⁵

Esta classificação tem respaldo no Código Civil por meio dos artigos 393, 402 e 403, porém aplicam-se também à extracontratual.⁶⁶

Por fim, cabe ressaltar que, a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, assim como a grande parte dos países, é a dualista ou clássica, que prevê a esta dualidade de tratamento. Entretanto, há adeptos da teoria unitária ou monista, que, além de insurgirem-se contra esta dicotomia, defendem que pouco importam os aspectos como apresenta-se ao âmbito jurídico, pois seus efeitos são uniformes.⁶⁷

No próximo tópico, serão tecidos comentários acerca do direito à saúde, como um direito fundamental social.

6 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Para que se compreenda a complexidade da responsabilidade civil na relação médico-hospitalar, especialmente na análise jurisprudencial recente do Superior Tribunal de Justiça, é necessário entender como é visto o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, pois é interligado com a responsabilidade civil médica.

O direito à saúde é previsto na Constituição Federal como um direito social, em seu artigo 6º, e como um direito de todos no artigo 196⁶⁸, sendo um direito garantido pelo Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, que busquem reduzir as problemáticas de saúde.⁶⁹

Considerado um direito fundamental que assume dupla dimensão, individual e coletiva⁷⁰, uma vez que, é tutelado para toda a coletividade, se consubstancia na individualidade do cidadão destinatário das medidas públicas produzidas pelo Estado.⁷¹

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 26.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 26.

⁶⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. [S. l.]. v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. 6. Acesso em: 05 out. 2023.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 26.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. Acesso em: 05 out. 2023. p. 27.

⁶⁸ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011.p. 17.

⁶⁹ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 742.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. Disponível em Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 306. Acesso em: 20 out. 2023.

⁷¹ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 743.

Miguel Kfoury Neto leciona que o direito à saúde é obrigação do Estado, onde não se proíbe a medicina privada, contudo se institui serviços públicos necessários à promoção da saúde de todos, haja vista ser uma atividade da qual não pode se olvidar.⁷²

Na Constituição Federal foi criado um sistema protetor dependente, no qual faz parte o direito à saúde, e por isso, visam proteger a dignidade da pessoa humana, são eles: a informação, o meio ambiente equilibrado e a tutela do consumidor.⁷³ Por meio destes se promoverá o mais alto nível de incidência de prestação de saúde.

Quanto ao meio ambiente equilibrado, é atrelado a uma concepção de essencial à qualidade de vida, respeito ao ambiente, que, em síntese, são realidades inseparáveis para efetivação da proteção da saúde.⁷⁴

Em contrapartida, quanto uma mútua ligação entre o consumidor e a saúde, pode-se relacionar partindo-se do princípio de que o consumidor é o próprio destinatário da prestação de saúde pelo Estado, criando-se entre eles uma relação obrigacional.⁷⁵ Portanto, há uma relação de reciprocidade, que busca proteger o consumidor, mas também promover a saúde.

Outrossim, se fala em dever de informação, no sentido de inflar a participação dos cidadãos na promoção da saúde, como forma de proteção novamente, pois, como leciona Miguel Kfoury Neto “à questão da periculosidade ou nocividade dos produtos ou serviços, sua identificação pode ser tormentosa”.⁷⁶

A partir desse paradigma, percebe-se que a saúde, como um direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser protegida, partindo-se da ação conjunta do ambiente equilibrado, da proteção do consumidor destinatário, guiando-se pela informação, para que, ao fim e ao cabo, potencializar-se-á a tutela da vida humana, como bem exposto pela Carta Magna.⁷⁷

No interim do médico, deve-se ressaltar que, como garantidor do acesso à saúde, tem uma função, como discorre Miguel Kfoury Neto “[...] a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte.”⁷⁸

Desse modo, a saúde promove o reencontro do médico com uma postura de garantidor e promovente desta, na medida em que a incumbência do profissional não se limita somente à cura, mas sim de todo um contexto social, visando o bem-estar geral.⁷⁹

⁷² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.1. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.5. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.6. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁵ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 743.

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.9. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.10. Acesso em: 21 out. 2023.

⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.1. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 113. Acesso em: 19 out. 2023.

Tecidas instruções acerca do direito da saúde, passa-se à análise da relação entre médico e paciente, por meio da incidência da legislação consumerista.

7 A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE E A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA (LEI Nº 8.078/90)

Como mencionado, o Código de Defesa do Consumidor tem grande influência quando se fala acerca da prestação de saúde, como forma de proteger o destinatário final do direito fundamental, além de nortear as relações entre profissionais de medicina e pacientes.

De início, é preciso analisar e compreender qual a natureza da atividade médica e sua relação perante o paciente. Nas palavras de Genival Veloso de França, seguindo as premissas do Código de Defesa do Consumidor, o paciente atua como consumidor, a quem é prestado o serviço, sendo o médico o seu prestador.⁸⁰ Outrossim, ainda nesta linha:

Se aplicado nos limites da justeza e do equilíbrio, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) será a maior contribuição jurídica dos últimos anos em nosso país, principalmente no que esse diploma traz sobre a assistência médica, com destaque na relação entre o profissional e o consumidor desta área. Primeiro, pelo cuidado de não tratar a saúde como uma atividade estritamente comercial. Depois, pela importância que o Código representa como instrumento de moderação e disciplina nas relações de consumo entre o prestador de serviços e o usuário. E, ainda, por revelar-se como uma garantia e um complemento de ordem constitucional [...]⁸¹

Assim como Genival Veloso de França, a majoritária doutrina defende pela aplicação da legislação consumerista à relação médico-paciente. Estes doutrinadores defendem que, em razão da vulnerabilidade do paciente, que além de encontrar-se em uma condição debilitada pela enfermidade que o atinge, é colocado em uma posição de inferioridade frente ao médico, que detém todo o domínio necessário para solucionar a sua doença.⁸²

Além disso, a equiparação dos conceitos de paciente e consumidor, médico e fornecedor, aplica a rede de proteção àquele paciente, que, não deve ser vítima de um atendimento única e exclusivamente lucrativo, que busca números e deixa de lado a qualidade.

Contudo, há divergência entre os doutrinadores, posto que muitos deles se assentam à corrente que defende pela não incidência da legislação consumerista à relação de médico e seu paciente. Esta doutrina sustenta que, antes de afirmar a incidência das normas consumeristas, é preciso fazer um cotejo entre o caso concreto, pendendo-se para um viés processual, no sentido em que o paciente, por ter esta condição, possuiria certa proteção, como inversão do ônus da prova e prazos estendidos.⁸³

⁸⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 113. Acesso em: 26 out. 2023.

⁸¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 113. Acesso em: 26 out. 2023.

⁸² MAIA, Maurilio Casas. O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 84, p. 197-221, out-dez. 2012. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018ba989452329fbfca2&docguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&hitguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&spos=1&epos=1&td=2011&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁸³ MAIA, Maurilio Casas. O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 84, p. 197-221, out-dez. 2012. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018ba98945232>

Nesse sentido, esta doutrina afirma que atualmente, nas relações modernas, é dever do médico carregar o paciente com todas as informações necessárias, e que, ao fazer isso, o eleva a uma relação horizontal frente ao médico, o que reduz a vulnerabilidade prévia.⁸⁴

Diante disso, embora reconheça-se a doutrina minoritária, é pacífico o entendimento de que a relação médico-paciente é norteadada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, é necessário destacar e observar os direitos e obrigações dos profissionais da medicina e seus pacientes, sob a ótica do prestador de serviços e o consumidor.

7.1 COMENTÁRIOS SOBRE O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

A Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, em vigor desde 30 de abril de 2019, dispõe acerca das normas que deverão ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão.⁸⁵ Nesse ponto, há um capítulo direcionado aos direitos dos médicos, diante da insatisfação destes, visto que todos os demais capítulos seguintes taxam, das maneiras mais diversas, limitações e deveres no exercício da profissão.⁸⁶

Quanto aos deveres, a Resolução dispõe de forma clara e esparsa os deveres de conduta que determinam o ato médico, de modo que, caso não o façam, sofrerão as sanções previstas normativamente.⁸⁷ Para que o profissional seja responsabilizado, além dos requisitos basilares da responsabilidade civil, há de se avaliar aos padrões de conduta dos quais trabalha o Código de Ética Médica, quais sejam: dever de informação, de vigilância, atualização e abstenção de abuso.⁸⁸

Cabe destaque ao trabalho o dever de informação, interpretado como os esclarecimentos obrigatórios e necessários para que se estabeleça uma relação médico-paciente de excelência.⁸⁹ Nos ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Júnior “O médico deve esclarecer o seu paciente

9fbfca2&docguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&hitguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&sp os=1&epos=1&td=2011&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em: 25 out. 2023.

⁸⁴ MAIA, Maurilio Casas. O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor.

Revista dos Tribunais, [S. l.], v. 84, p. 197-221, out-dez. 2012. Disponível em:

<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018ba989452329fbfca2&docguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&hitguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&sp os=1&epos=1&td=2011&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 out. 2023.

⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília, DF: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

⁸⁶ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 44. Acesso em: 14 out. 2023.

⁸⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 284. Acesso em: 14 out. 2023.

⁸⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 285. Acesso em: 14 out. 2023.

⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 285. Acesso em: 14 out. 2023.

sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares”⁹⁰

Sendo assim, para que o médico cumpra seu dever de conduta, deve informar o paciente de determinadas condutas ou intervenções, pois não detém total poder sobre a vida e saúde daquele que confia em seu trabalho.⁹¹ E mais, a informação atua como pré-requisito ao consentimento do paciente, que deverá ser esclarecido, e obtido por meio de uma clara exposição dos fatos, figurada por meio de uma linguagem acessível àquele que busca o tratamento.⁹² O consentimento informado do paciente nada mais é que o exercício da sua autodeterminação, cabendo a ele decidir ou não à submissão a tais procedimentos e tratamentos.⁹³

O médico que falha no dever de informação, gera um consentimento falho, deficiente e ausente de todos os conhecimentos necessários. E assim, no artigo 22 do Código de Ética Médica é presente a vedação ao exercício médico sem o prévio consentimento⁹⁴, o que confirma a indispensabilidade deste requisito, não bastando a informação genérica e recheada de termos técnicos de difícil compreensão.

O paciente procura o médico para que ele, com a sua bagagem técnica, apresente soluções e meios para o seu problema, dando todos os esclarecimentos necessários, expondo todos os eventuais riscos, mas também apresentando medidas alternativas, para que, o paciente, no exercício de sua autodeterminação, escolha o tratamento que mais lhe soar adequado, consentindo com o que lhe foi dito.⁹⁵

Nesse sentido, destaca-se a ementa do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellize:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. **FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE.** RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO

⁹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Em pdf: 133—180. Acesso em: 13 out. 2023.

⁹¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 285. Acesso em: 15 out. 2023.

⁹² FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 285. Acesso em: 14 out. 2023.

⁹³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. p. 2-25. Acesso em 04 nov. 2023.

⁹⁴ Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília, DF: CFM, 2019. p. 21. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2020).

⁹⁵ MAIA, Maurilio Casas. O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 84, p. 197-221, out-dez. 2012. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018ba989452329fbfca2&docguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&hitguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&spos=1&epos=1&td=2011&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 out. 2023.

VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. [...] 3. Todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade, o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado. Esse dever de informação encontra guarida não só no Código de Ética Médica (art. 22), mas também nos arts. 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 15 do Código Civil, além de decorrer do próprio princípio da boa-fé objetiva. 3.1. A informação prestada pelo médico deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação. Com efeito, não se admite o chamado "blanket consent", isto é, o consentimento genérico, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação. [...] 5. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 1.848.862/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)⁹⁶ [grifou-se]

Outrossim, é dever do médico atualizar-se constantemente, buscar aprimorar suas habilidades e métodos de trabalho.⁹⁷ Pois, em demandas em que discute erro médico, a culpa e suas modalidades, é avaliado se aquele profissional utilizou a melhor técnica, a mais atual, e não aquela que já está em desuso, ou seja, se a prática da qual se utilizou, é aceita pelos órgãos superiores da medicina.⁹⁸

E mais, o cuidado e a vigilância buscam afastar a indiferença e o desleixo na prestação médica de saúde, garantindo que este profissional busque os métodos que melhor se adequem ao caso concreto, e não restritivos ao tratamento ou que o retardem.⁹⁹

Ante o exposto, a prestação de serviço pelo médico exige uma série de obrigações específicas, que garantem a prestação médica de excelência. Destaca-se que, ainda, pode ser alvo da atuação médica, as obrigações de meio e de resultado, que será abordado em tópico próprio.

A partir desse prisma, torna-se necessário analisar os direitos e deveres atribuídos ao paciente.

7.2 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PACIENTE

Assim como o médico, no exercício de sua profissão, deve seguir deveres e padrões de conduta, cumprindo com as suas obrigações e de gozar de suas prerrogativas, o paciente tem a mesma incumbência.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.848.862/RN**. Recurso Especial. Ação De Indenização Por Danos Morais. [...]. Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze, 05 de junho de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁹⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 288. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁹⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 288. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁹⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 289. Acesso em: 02 nov. 2023.

Com relação aos direitos do paciente, refere-se primeiramente o de buscar o judiciário quando não atendidos os pressupostos da relação médico-paciente, ou porventura pleitear a reparação de algum dano que lhe atingiu por culpa do médico.¹⁰⁰

Outrossim, é de seu direito o acesso a todas as informações sobre o seu caso, documentos, exames, prontuários etc., que deve se dar de modo facilitado, disponibilizados de forma clara e acessível.¹⁰¹ E, ainda nesse prisma, poderá o paciente, ou seu acompanhante, filmar o atendimento, inclusive como uma forma de seguir estritamente os ditames afirmados pelo médico.

No Código de Defesa do Consumidor, fica evidente no art. 6º, inciso III¹⁰², que o consumidor tem o direito de ter a informação mais adequada sobre os riscos inerentes ao procedimento, o que formará parte do consentimento informado. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho “A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento.”¹⁰³

Quanto aos deveres do paciente, na linha do dever de informação, não se aplica somente ao médico, pois, cabe ao paciente fornecer ao médico todas as informações das quais serão necessárias ao seu diagnóstico, enriquecidas de detalhes. Para que, ao fim e ao cabo, o profissional seja hábil de garantir um tratamento seguro e eficaz, do qual o paciente tem o dever de seguir estritamente, com prudência e dedicação.¹⁰⁴

Ainda, nesta linha, como prestador de serviços, o médico tem o direito de ser remunerado. Portanto, é dever do paciente remunerar o médico, como forma de contraprestação ao serviço prestado.¹⁰⁵

Dessa forma, analisada a relação jurídica médico-paciente, bem como os direitos e deveres existentes e a incidência do Código de Defesa do Consumidor, cabe analisar esmiuçadamente a responsabilidade civil do profissional da área médica.

8 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: O RISCO INERENTE À PROFISSÃO E O ERRO DO PROFISSIONAL

De primeiro plano, conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade médica deve ser afastada da responsabilidade decorrente de prestação de serviço médico de forma empresarial, como hospitais e casas de saúde, o que será, em momento oportuno, esmiuçado.¹⁰⁶ Sendo assim, o ponto abordado nesse prisma será a responsabilidade pessoal do médico, que decorre da prestação de serviço direta, como um profissional liberal de fato.

¹⁰⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.3. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.3. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 454.

¹⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.3. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-1.3. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 446.

Para compreender a responsabilidade médica, é preciso, primeiramente, fazer uma análise acerca dos riscos assumidos por esta profissão, bem como os tipos de obrigações assumidas, com cotejo do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Como uma classificação genérica, a responsabilidade pessoal do médico pode ser abordada como uma responsabilidade contratual, com obrigação de meio, e não de resultado, e subjetiva, com culpa provada, exceção trazida pelo artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁷

Nesse ponto, importante destacar abordagem específica da legislação consumerista. Embora o médico seja um prestador de serviços, há uma exceção realizada pelo Código de Defesa do Consumidor, acerca da responsabilidade objetiva.¹⁰⁸ Assim dispõe:

Art. 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.¹⁰⁹

Portanto, conclui-se que a responsabilidade da pessoa jurídica onde trabalha o médico é objetiva, estabelecida pelo caput do artigo 14, na qual não há necessidade de comprovação de culpa.¹¹⁰ Contudo, o parágrafo quatro deste artigo pautou de modo diverso a responsabilidade dos profissionais liberais. Segundo sua disposição, o profissional liberal responderá somente verificação de culpa, ou seja, através da responsabilidade subjetiva.¹¹¹

Tal caracterização destoa da classificação habitual de responsabilidade civil objetiva, advinda de um contrato. Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ADMINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTOS. INFECÇÃO HOSPITALAR. DEVER DE INDENIZAR INOCORRENTE. 1. **O HOSPITAL, NA QUALIDADE DE PRESTADOR DE SERVIÇOS, RESPONDE OBJETIVAMENTE PELOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. CONTUDO, A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, PROFISSIONAL LIBERAL, É APURADA MEDIANTE A VERIFICAÇÃO DA CULPA, NAS MODALIDADES DE NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA, NA ESTEIRA DO ART. 14, § 4º, DO CDC, CABENDO AO AUTOR COMPROVAR OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL, QUE SÃO O ATO ILÍCITO CULPOSO, O DANO E O NEXO CAUSAL ENTRE O ATO E O DANO CAUSADO. [...] RECURSO DESPROVIDO.** (Apelação Cível, Nº 50011170420138210008, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 28-06-2023)¹¹² [grifou-se]

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 447.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 447.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. p. 2-25. Acesso em 04 nov. 2023.

¹¹¹ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil dos Hospitais, Sanatórios, Clínicas, Casas de Saúde e Similares, em face do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 5, p. 815, out. 2010. Disponível em RT Proview mediante assinatura. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Cível). **Apelação nº 50011170420138210008**. Responsabilidade civil [...]. Porto Alegre, 28 de junho de 2023. Disponível em:

Tendo o conhecimento de que a responsabilidade dos médicos liberais será, em regra, segundo as disposições supramencionadas, subjetiva, passa-se ao estudo da culpa médica e risco inerente à profissão.

A profissão médica envolve questões delicadas e perigosas, e, portanto, carrega o risco inerente à atividade, que está ligado à sua própria natureza e modo de prestação.¹¹³ Em razão deste fato, é impossível realizar qualquer atividade médica sem implicar em risco, da mais simples à mais complexa, por isso, imputar o ônus para o prestador de serviço seria insuportável.¹¹⁴

É nesse contexto que se destaca a importância do dever de informar, que, quando ausente, implica a responsabilização do médico, não por defeito na prestação de serviço, mas sim pela falta de informações precisas e adequadas, que impeçam o consentimento informado adequado, como referido em tópicos anteriores.¹¹⁵

Por esse fato, ante ao risco inerente ao serviço médico, a sua responsabilização fica associada ao dever de informar o paciente sobre riscos, consequências ao tratamento submetido, o que formará o consentimento informado, o único meio capaz de afastar a responsabilidade do médico.¹¹⁶

Outrossim, outro fator integrante da responsabilidade médica é o erro profissional, que cabe distinção da culpa. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, a distinção se assenta quando “Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta.”¹¹⁷

Isto posto, o erro profissional é aquela falha do homem médio, consequente da falibilidade humana, pois antes de médicos, os profissionais são humanos, e, embora não se tenha o direito de errar, pelas circunstâncias do caso concreto e conduta, é possível que tenha empregado todos os meios necessários, porém chegando a um resultado falho, que pode gerar erros menos graves e escusáveis.¹¹⁸

Em contrapartida, a culpa pressupõe uma ausência de conduta esperada, no ensinamento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior “a culpa supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão.”¹¹⁹ E esta apuração da culpa do profissional médico, segue o rito das demais modalidades de culpa.

Para que haja responsabilidade civil sobre a conduta médica, exige-se conduta voluntária, dano injusto e a relação dada pelo nexo causal.¹²⁰ Por ser uma responsabilidade

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 453.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 453.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 453.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 454.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 448.

¹¹⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17

¹¹⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17

¹²⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-5.1. Acesso em: 04 nov. 2023.

subjetiva, depende da verificação da culpa, que deve ser o contraste entre as normas impostas realizadas com a prudência e cuidado necessários.¹²¹

Dentro da prova da culpa, há de se fazer distinção entre o modo da obrigação assumida pelo profissional, se de meio ou de resultado, além da responsabilidade contratual e extracontratual. Segundo Bruno Miragem:

A responsabilidade médica, contudo, não segue um regime unitário, uma vez que a prestação de serviços médicos tanto poderá decorrer de um contrato previamente estabelecido, quanto simplesmente de uma atuação profissional independente de prévio acordo das partes (um atendimento de emergência, ou a assistência pública de saúde).¹²²

Nesse sentido, quando se fala em responsabilidade contratual, basta à vítima a comprovação da existência do contrato, do dano e nexo de causalidade, imputando a responsabilidade ao médico. Ao passo que, quando extracontratual, é necessário demonstrar ou o dolo ou a culpa (negligência, imprudência e imperícia) do prestador de serviços.¹²³

A obrigação assumida pelo profissional médico é, segundo posicionamento majoritário da doutrina, de meio. Isso pois, não há, e não deve haver, comprometimento do médico com um resultado específico ou cura, cuja obtenção depende do uso de medicamentos, fatores orgânicos do paciente, bem como demais fatores que fogem do controle médico técnico.¹²⁴ A obrigação do médico é com empregar os melhores esforços e cuidados, com as melhores técnicas, a fim de proporcionar ao paciente o melhor tratamento.¹²⁵

Entretanto, há ressalva da cirurgia estritamente estética, que se funda na obrigação de um resultado específico, diferente da corretiva, por exemplo. Nesse ponto, a cirurgia estritamente estética é aquela na qual o paciente busca corrigir alguma imperfeição física, portanto, nesses casos, a obrigação assumida pelo médico é de resultado, pois, segundo Sérgio Cavalieri Filho “se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido”.¹²⁶ Há um adendo acerca da informação prestada pelo médico ao paciente, acerca de eventuais riscos que o procedimento poderia acarretar, e nesse ponto, assenta-se a culpa presumida do profissional, cabendo ao médico elidir-se desta presunção.¹²⁷

Diferente ocorre no caso da obrigação de meio, pois aqui se assevera a responsabilidade subjetiva, pautada na culpa provada, cabendo ao paciente realizar esta prova, seja porque o médico agiu com culpa, ou pelo descumprimento de dever ligado ao exercício da profissão, ou descumprimento de obrigação firmada em contrato.¹²⁸

¹²¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local RB-5.2. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹²² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. p. 2-25. Acesso em 04 nov. 2023.

¹²³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. p. 2-25. Acesso em 04 nov. 2023.

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Local. p. 2-25. Acesso em 04 nov. 2023.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 447.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 448.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 449.

¹²⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17

Sintetizando, a responsabilidade é subjetiva, mesmo quando contratual e com culpa provada, o que implica que o paciente demonstre que o resultado errôneo se deu por negligência, imprudência ou imperícia do profissional.¹²⁹

Restando destacados e compreendidos os pressupostos acerca da responsabilidade médica, com ressalva da diferença entre erro médico e limitação quando ao risco inerente, passa-se ao estudo da responsabilidade das entidades hospitalares.

9 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR: DEFINIÇÃO

Do mesmo modo que a atividade pessoal do médico é de alto risco e perigo, os hospitais também realizam atividade que envolve grandes riscos, em um ambiente com grande volume de pessoas e tecnologias.

A responsabilidade dos profissionais liberais médicos se difere da hospitalar, haja vista que a primeira, como pontuado em tópico anterior, é condicionada à verificação da culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva.

Contudo, o hospital, enquanto prestador de serviços, atua como fornecedor, firmando com o paciente um contrato de prestação de serviços, ou seja, hospedagem e fornecimento de toda a assistência necessária à cura e tratamento. Portanto, a relação é regida pela legislação consumerista, caracterizando responsabilidade contratual, ou seja, independentemente de prova de culpa.¹³⁰

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade objetiva dos hospitais se dá em razão de serem fornecedores de serviços, e, por este fato, respondem objetivamente por qualquer falha que cause danos aos seus pacientes, o que abrange desde queda de paciente da maca à infecção hospitalar, bem como falha de serviço por seus empregados ou prepostos.¹³¹

Na mesma linha, a professora Daniela Lutzky define a responsabilidade objetiva dos hospitais em duas vias, sendo a primeira em razão dos atos dos empregados ou prepostos, incidindo a previsão do artigo 932 do Código Civil, bem como em razão da realização de atividade empresarial, com objetivo de lucro.¹³²

Quando se fala na responsabilidade do artigo 932 do Código Civil, é preciso falar acerca da subordinação do médico e o hospital. Diz-se que, havendo erro de ato de empregado ou preposto do hospital, este será solidariamente responsável pela reparação do dano.¹³³

A subordinação é verificada quando o profissional cumpre horários e ordens da direção do hospital, mediante remuneração.¹³⁴ Essa relação se distingue da situação em que o médico loca centro clínico ou utiliza os espaços de internação da casa de saúde, pois, nesse caso, está atendendo seus pacientes particulares, e, portanto, é afastada a responsabilidade do hospital por eventual dano causado por este profissional.¹³⁵

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 447.

¹³⁰ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 461.

¹³² LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 464.

¹³⁴ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov. 2023.

¹³⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

Sendo assim, a responsabilidade dos hospitais, mesmo sendo objetiva, fica condicionada à comprovação da culpa do profissional da medicina, pois aqui considera-se somente os erros médicos indenizáveis, não sendo incluída a responsabilidade pelos aparelhos e instrumentos utilizados na prestação de serviço.¹³⁶ Portanto, “o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara”¹³⁷

Ressalta-se que, a subordinação não impede que o nosocômio tenha direito de regresso em face do causador do dano, caso inexistente a sua culpa, consoante garantia do artigo 934 do Código Civil.¹³⁸ Desse modo, embora seja responsável por seus dependentes, o hospital poderá ingressar com ação de regresso contra o profissional que agiu com culpa, desde que provada.¹³⁹

Outrossim, a casa de saúde poderá ser responsabilizada em razão de atuar como prestadora de serviços, decorrente da hospedagem ou fornecimento de apoio logístico.¹⁴⁰ Aqui se fala em responsabilidade objetiva, pela prestação defeituosa de seus serviços, o que faz ser irrelevante a participação ou não de seus empregados e prepostos na configuração do resultado.

Ainda, para verificação da subordinação, não basta a simples alegação de que o médico é integrante do corpo clínico do nosocômio. O conceito, conforme Resolução n° 1.481/97 do Conselho Federal de Medicina, traduz ser o conjunto de médicos, com incumbência de prestar assistência aos pacientes, sem necessidade de subordinação à casa de saúde, ou seja, são os profissionais aptos a exercer determinada atividade.¹⁴¹

Desse modo, para que haja subordinação de fato, é preciso que tenha vínculo empregatício, onde o médico irá cumprir ordens, seguir diretrizes da diretoria e receber remuneração.¹⁴²

A doutrina ainda não assentou posicionamento unânime quanto a esse ponto, sendo majoritária quando ilegítimo o hospital para responder a dano causado por médico sem vinculação, e minoritária a defender que o hospital deverá responder solidariamente, mesmo que o preposto não faça parte de sua equipe subordinada.¹⁴³

Por isso, a responsabilidade dos hospitais, enquanto pessoa jurídica é objetiva, porém para fins de responsabilização de atividade médica, atua subjetivamente, mediante a

¹³⁶ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹³⁷ KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil dos hospitais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book. Disponível na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local. RB 1.3. Acesso em: 3 nov. 2023.

¹³⁸ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹³⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹⁴⁰ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹⁴¹ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹⁴² LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

¹⁴³ LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

comprovação de culpa do profissional, cabendo ainda a análise pormenorizada acerca do tipo de vínculo havido entre o profissional e a casa de saúde.¹⁴⁴

Destarte, como a obrigação assumida pelo médico, em suma, é de meio, e não de resultado, a cura do paciente não é o objeto da obrigação, mas sim a utilização do melhor tratamento, mais adequado com as condições e recursos disponíveis aos médicos, que devem agir de maneira cuidadosa.¹⁴⁵

E esse vem sendo o entendimento nas Cortes Superiores do ordenamento jurídico pátrio. Colaciona-se ementa do julgamento da Apelação nº 50006135520138210086, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 31 de agosto de 2023, sob a relatoria da Desembargadora Eliziana da Silveira Perez:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR PRESTADO PELO SUS. HIPÓTESE EM QUE A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELA CONDUTA DOS MÉDICOS INTEGRANTES DO CORPO CLÍNICO É OBJETIVA, MAS A ANÁLISE É SUBJETIVA EM RELAÇÃO A ATUAÇÃO DE SEUS AGENTES. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE ERRO MÉDICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS IMPROCEDENTE. [...] 3) No entanto, para que os hospitais sejam responsabilizados por algum alegado erro médico (caso dos autos), de intervenções cirúrgicas ou condução de determinados procedimentos e tratamentos, que reste demonstrada a conduta negligente, imprudente ou imperita do corpo clínico que atendeu o paciente. 4) Desse modo, a responsabilização civil de hospital, que presta serviços público ou privado, na qualidade de fiscalizador do serviço público e como gestor de saúde, por erro médico propriamente dito, não dispensa aferição de culpa. [...] CONHECERAM EM PARTE DA APELAÇÃO E, PARTE CONHECIDA, NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 50006135520138210086, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliziana da Silveira Perez, Julgado em: 31-08-2023) [grifou-se]¹⁴⁶

Diante do exposto, com a análise do caso concreto, é possível inferir que, a responsabilidade do hospital está condicionada à verificação da culpa do profissional responsável pela realização do procedimento médico,

Por fim, restando analisada detalhadamente a responsabilidade civil médico-hospitalar e sua definição, deve-se adequar a teoria à prática através da análise do entendimento jurisprudencial recente acerca da matéria, com o cotejo de duas decisões.

10 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR NA PRÁTICA RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tratando-se de estudo e pesquisa da responsabilidade civil médico-hospitalar, é de suma importância deixar o campo puramente teórico e passar a analisar a aplicação das diretrizes doutrinárias, a fim de compreender se a teoria é concretamente aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil dos hospitais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book. Disponível na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local. RB 1.3. Acesso em: 3 nov. 2023.

¹⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil dos hospitais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book. Disponível na Base de Dados RT Proview mediante assinatura. Local. RB 1.3. Acesso em: 3 nov. 2023.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível nº 50006135520138210086**. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ação Condenatória [...]. Porto Alegre. Relatora: Eliziana da Silveira Perez, 31 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 21 out. 2023.

Nesse sentido, busca-se analisar e tecer comentários acerca do Recurso Especial nº 1.832.371/MG, e do AgInt no AREsp nº 2.223.737/PR, julgamentos recentíssimos do Poder Judiciário brasileiro, que demonstram a divergência jurisprudencial acerca das hipóteses de responsabilidade dos hospitais em demandas pautadas por erro médico. Colaciona-se as ementas dos julgados abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. TEORIA DA ASSERTÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SOLIDARIEDADE COM OS MÉDICOS RESPONSÁVEIS PELA CIRURGIA. COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS PROFISSIONAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e compensação por dano moral ajuizada em 24/11/2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 19/12/2018 e concluso ao gabinete em 19/08/2019. 2. O propósito recursal é decidir sobre a legitimidade passiva do hospital recorrente, bem como sobre a denúncia da lide aos médicos responsáveis pelos procedimentos cirúrgicos ou à formação de litisconsórcio passivo necessário entre o hospital recorrente e os respectivos médicos. 3. Os fatos narrados na petição inicial, interpretados à luz da teoria da asserção, não autorizam reconhecer a ilegitimidade passiva do hospital, na medida em que revelam que os procedimentos cirúrgicos foram realizados nas dependências do nosocômio, sendo, pois, possível inferir, especialmente sob a ótica da consumidora, o vínculo havido com os médicos e a responsabilidade solidária de ambos - hospital e respectivos médicos - pelo evento danoso. 4. Segundo a jurisprudência do STJ, quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional; nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC). Precedentes. 5. Em circunstâncias específicas como a destes autos, na qual se imputa ao hospital a responsabilidade objetiva por suposto ato culposos dos médicos a ele vinculados, deve ser admitida, excepcionalmente, a denúncia da lide, sobretudo com o intuito de assegurar o resultado prático da demanda e evitar a indesejável situação de haver decisões contraditórias a respeito do mesmo fato. 6. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.832.371/MG, relatora Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 1/7/2021.)¹⁴⁷ [grifou-se]

Em análise ao primeiro julgado, tem-se a aplicação clara a teoria da responsabilidade objetiva dos hospitais, mediante a verificação de culpa do profissional médico.

No caso, o recurso foi interposto pelo hospital, a fim de que fosse determinada a denúncia da lide aos médicos responsáveis pelo procedimento cirúrgico, cujo resultado implicou dano físico permanente à paciente. A base do nosocômio vem da alegação de que não haveria subordinação do corpo clínico responsável pelo procedimento com o hospital, não cabendo a sua responsabilização, defendendo sua ilegitimidade para compor o polo passivo da demanda.

O motivo da interposição do recurso se funda no indeferimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela casa de saúde, o que, se manteve no julgado do presente Recurso Especial.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.832.371/MG** – Minas Gerais. Recurso Especial. Ação De Obrigação De Fazer C/C Indenização Por Danos Materiais E Compensação Por Dano Moral. Erro Médico Em Procedimento Cirúrgico [...]. Relatora: Ministra Nancy Andriahi, 22 de junho de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 ago. 2023.

No voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, resta evidente o posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade civil dos hospitais. A Relatora sustenta que o entendimento majoritário é no sentido de que o hospital somente irá responder quando, comprovada a culpa do médico, este possuir relação de subordinação com o nosocômio.

Nesse sentido, o entendimento da Corte firmou-se, pelos fatos do caso concreto, de que a consumidora não teria as condições técnicas necessárias para distinguir a relação estabelecida entre médicos e hospital, o que, afasta a ilegitimidade do hospital.

Outrossim, o voto da Relatora se deu a fim de deferir a denúncia da lide dos médicos, para que os autos retornassem ao Primeiro Grau, passando por toda instrução probatória, para que sejam verificados requisitos como a culpa do médico, bem como qual o vínculo que possuía com a casa de saúde, evitando eventual julgamento conflitante ou responsabilização errônea do hospital.

A Ministra sustenta que, o hospital somente responderá quando os danos forem decorrentes das obrigações assumidas por ele na sua prestação de serviços, se dando de forma objetiva. Ainda, afirmou que, em decorrência de serviço prestado por médicos, quando ausente o vínculo de emprego, a responsabilidade é imputada à pessoa do médico por si só, eximindo-se a entidade hospitalar. Por fim, refere que, quanto aos médicos que possuírem subordinação à casa de saúde, esta será solidariamente responsável, desde que apurada a culpa do profissional.

Ao final, embora com votos divergentes dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro, a Terceira Turma entendeu por dar provimento ao recurso. Dessa forma, consolidando entendimento dos limites da incidência da responsabilidade médico-hospitalar, bem como privilegiando o princípio da prestação jurisdicional do consumidor.

No entanto, recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp nº 2.223.737/PR entendeu de forma diferente.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO FICTO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO ARGUIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PROFISSIONAL LIBERAL. ERRO TÉCNICO. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLÍNICA. NÃO CABIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVADA. NÃO CONCORRÊNCIA PARA O EVENTO DANOSO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. [...] 2. **"Consoante a jurisprudência desta Corte, a 'responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar"** (REsp 908.359/SC, Segunda Seção, Relator para o acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 17/12/2008)" (AgInt no REsp n. 1.739.397/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 27/8/2018). 3. A desconstituição das premissas fáticas que fundamentam as conclusões do Tribunal de origem encontra óbice no fato de o recurso especial não comportar o exame de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 2.223.737/PR, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 10/4/2023.)¹⁴⁸ [grifou-se]

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.223.737/PR**. Civil E Processual Civil. Agravo Interno No Agravo Em Recurso Especial [...]. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 03 de abril de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 ago. 2023.

Sob a relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, discorreu seu voto no sentido de que a responsabilização do hospital somente tem incidência quando o dano decorre de ato atribuído à casa de saúde. Ainda, afirma que mesmo quando o profissional tenha vínculo com o hospital, não cabe atribuir à pessoa jurídica a indenização.

Diante do exposto, analisando as aplicações do caso concreto, verifica-se que ainda existem divergências quanto à responsabilização dos hospitais, em decorrência de erro por atos médicos. O primeiro acórdão é plenamente adequado ao entendimento majoritário da doutrina especializada ao tema, concluindo-se que essa compreensão é a mais adequada, ante as particularidades da relação médico-hospitalar.

Contudo, não se pode dizer o mesmo do segundo acórdão, haja vista que é consolidado que o hospital deve responder por atos advindos de atos médicos, principalmente quando se trata de subordinados a ele. Inclusive, no voto da Relatora do primeiro caso, sustenta-se que, havendo dúvida quanto à relação do médico e hospital, cabe haver a denúncia da lide, colocando médicos e hospital no polo passivo da demanda, para evitar julgamentos conflitantes e prezar pela tutela do consumidor.

Sendo assim, é preciso que haja uma uniformização da jurisprudência nacional, a fim de que se evitem julgamentos colidentes na Corte Superior, de modo que seja imputada a responsabilização adequada a cada um dos responsáveis.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise pormenorizada da matéria, conclui-se que a responsabilidade civil médica é um instituto que impõe uma atenção especial no âmbito jurídico brasileiro, essencialmente quanto à verificação da culpa do profissional, fator determinante à verificação da culpa do hospital.

Partindo-se dos requisitos do instituto, observa-se que, a responsabilidade civil é o modo que o judiciário garante a reparação de um dano causado por uma ação ou omissão do agente, que necessariamente implica um nexo com a conduta e o resultado. Quanto ao dano, pode ser patrimonial, que toca a renda do lesado, ou extrapatrimonial, que diz respeito a critérios intrínsecos do ser.

Ao falar acerca de relação médica, tece-se considerações acerca do direito à saúde, o qual é previsto pela Constituição Federal, sendo um direito fundamental social, devendo ser aplicado à toda coletividade. Os médicos são os principais aplicadores do direito, e devem garanti-lo em sua excelência.

Além disso, é preciso entender os princípios basilares da relação médico-paciente, visto que, ainda há dissonância na doutrina brasileira, acerca da aplicação da legislação consumerista, o que afeta diretamente em questões práticas.

Sendo o médico um prestador de serviços ao paciente, há incidência da legislação consumerista, positivada por meio da Lei nº 8.078/1990. Dentro desta, embora o artigo 14 preveja que os fornecedores de serviços responderão objetivamente pelos danos causados, o parágrafo 4º, dita que a responsabilidade dos profissionais liberais se dá mediante a prova da culpa, caracterizando como uma responsabilidade subjetiva.

Partindo deste pressuposto, surgem direitos e deveres para ambas as partes da relação, tendo destaque o dever de informação do médico com o paciente, a fim de muni-lo com todas as informações necessárias para garantir o consentimento informado, bem como o cuidado e o zelo com o paciente.

No que tange o paciente, deve este também informar o médico, com todas as informações necessárias para que seja possível um resultado efetivo, buscando-se a cura. Além disso, deverá seguir estritamente as recomendações do profissional, para que não haja eventuais lacunas que possibilitem a incidência de erro no tratamento.

Partindo do estudo da responsabilidade civil, e sendo o médico um profissional liberal, sua responsabilidade é subjetiva, ou seja, condicionada à prova da culpa. Com relação ao contrato médico-paciente, trata-se de um prévio acordo com o paciente, que autoriza a intervenção médica necessária, que autoriza as hipóteses de adimplemento e inadimplemento previstas. Contudo, embora esta seja contratual, a eventual responsabilidade do médico não é objetiva.

Ainda, ao se falar da relação do médico e paciente, há de referir que a obrigação assumida pelo médico é de meio, onde o profissional não fica vinculado a um resultado específico, mas sim, em empregar todos os meios necessários e cabíveis ao tratamento. No entanto, existem hipóteses específicas em que a obrigação assumida é de resultado, como o caso dos cirurgiões estéticos. Nesses casos, a responsabilidade permanece mediante a culpa, porém aplica-se a teoria do risco.

De igual modo, há de se igualar as pontuações a respeito da relação médico e hospital, pois a questão da subordinação do profissional junto à casa de saúde é primordial para que haja incidência da responsabilidade ao hospital, para que responda de modo solidário com o médico.

Quanto a este ponto, em análise aos recentes casos da jurisprudência nacional, é possível inferir que, embora a doutrina tenha majoritariamente entendido pela responsabilidade objetiva das entidades hospitalares e subjetiva dos profissionais, mediante sua prova de culpa, os Tribunais ainda possuem entendimentos divergentes, o que se faz configurar uma profunda insegurança jurídica, que não confere a efetividade jurisdicional necessária ao consumidor lesado.

Diante do exposto, entende-se que a responsabilidade civil médico-hospitalar na recente prática do Superior Tribunal de Justiça se trata de discussão entre a doutrina e discussão entre os Tribunais, o que deverá ser analisado de forma minuciosa, tendo em vista que é necessária a comprovação do vínculo do médico com o hospital, e o dano, pressupostos que regem este instituto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.223.737/PR**. Civil E Processual Civil. Agravo Interno No Agravo Em Recurso Especial [...]. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 03 de abril de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 ago. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.832.371/MG** – Minas Gerais. Recurso Especial. Ação De Obrigação De Fazer C/C Indenização Por Danos Materiais E Compensação Por Dano Moral. Erro Médico Em Procedimento Cirúrgico [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 22 de junho de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book. E-book consultado na Base de Dados RT Proview mediante assinatura.

KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil dos hospitais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book. Disponível na Base de Dados RT Proview mediante assinatura.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LUTZKY, Daniela Courtes. Dos médicos com e sem vínculo de subordinação e a legitimidade passiva solidária do nosocômio. In: GODINHO, Adriano Marteleto *et al.* **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em Plataforma Biblioteca Virtual mediante assinatura. Acesso em 03 nov.

MAIA, Maurilio Casas. O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 84, p. 197-221, out-dez. 2012. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000018ba989452329fbfca2&docguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&hitguid=I8c701fa0410011e28aa3010000000000&spos=1&epos=1&td=2011&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 out. 2023.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro**. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, [S. l.], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. Disponível em Minha Biblioteca mediante assinatura. p. 306. Acesso em: 20 out. 2023.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. Responsabilidade civil médica jurisprudencial: A questão da solidariedade indenizatória entre médico e hospital – recente e profunda divisão no STL. **Migalhas**, [S. l.], maio. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/387347/responsabilidade-civil-medica-jurisprudencial>.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil dos Hospitais, Sanatórios, Clínicas, Casas de Saúde e Similares, em face do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 5, p. 815, out. 2010. Disponível em RT Proview mediante assinatura. Acesso em: 31 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível nº 50006135520138210086**. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ação Condenatória [...]. Porto Alegre. Relatora: Eliziana da Silveira Perez, 31 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 21 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Cível). **Apelação nº 50011170420138210008**. Responsabilidade civil [...]. Porto Alegre, 28 de junho de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 04 nov. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. v. 2. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação e Educação Continuada
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br