

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA

CIVIL LIABILITY IN THE MEDICAL FIELD

DR. NELSON ROSENVALD

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

nelson.rosenvald@me.com

(†) DR. FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO

Procurador da República do Estado de Minas Gerais.

RESUMEN: A medicina avança de forma surpreendente. O biodireito se afirma na confluência entre o direito, medicina e ética, e a saúde se estabelece como direito fundamental, projeção do princípio da dignidade da pessoa humana. A responsabilidade civil, de índole originariamente patrimonial, individual e exclusivamente reparatória, passa a se ocupar de bens existenciais, inclusive com dimensão metaindividual, priorizando uma função preventiva ex ante, na tutela da personalidade humana. No campo da responsabilidade civil médica, o dever de proteção e promoção dos melhores interesses do paciente atualiza a discussão sobre os pressupostos tradicionais da obrigação de indenizar: a renovação do conceito de ilicitude; o redimensionamento da noção da culpa; a flexibilização da causalidade; os novos confins dos danos e a própria expansão da imputação objetiva de indenizar, no conserto ente obrigações de meio e de resultado. E para além do território clássico do direito privado, acresce-se a discussão sobre os aspectos consumelistas que envolvem a massificação das relações contratuais envolvendo hospitais, planos de saúde e pacientes vulneráveis, demandando construções jurisprudenciais e doutrinárias aptas à tutela ótima da pessoa humana.

PALABRAS CLAVE: responsabilidade civil médico/hospitalar; relação médico-paciente; direito à saúde; dignidade da pessoa humana; obrigações de meio e resultado; planos de saúde.

ABSTRACT: Medicine advances in a surprising way. Biolaw is affirmed at the confluence between law, medicine and ethics, and health is established as a fundamental right, as a projection of the principle of the dignity of the human person. Civil liability, of an originally pecuniary nature, individually and exclusively reparatory, starts to deal with existential goods, including meta-individual dimensions, prioritizing an ex ante prevention function, in the protection of the human personality. In the field of medical civil liability, the duty to protect and promote the best interests of the patient updates the discussion about the traditional precepts of the obligation to compensate: the renewal of the concept of unlawfulness; the resizing of the notion of guilt; the flexibility of causality; the new limits of the damages and the very expansion of the objective imputation of indemnity, in the restoration of obligations of means and of result. And beyond the classic territory of private law, there is also a discussion about the aspects related to consumption by the masification of contractual relations involving hospitals, health plans and vulnerable patients, demanding jurisprudential and doctrinal constructions suitable for the optimal protection of the human person.

KEY WORDS: medical-hospital civil liability; physician-patient relationship; right to health; dignity of human person; obligations of means and results; health plan.

SUMARIO: I. A SAÚDE NO ESTADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.- II. A MEDICINA DO SÉCULO XXI: AVANÇOS E PERSPECTIVAS.- III. OS DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA MEDICINA: CONTEXTUALIZAÇÃO E PECULIARIDADES.- IV. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS: ESPECIFICIDADES E MODOS DE CARACTERIZAÇÃO.- V. A COMPLEXA QUESTÃO PROBATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.- 1. Perda da chance e atividade médica.- VI. A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE COMO UMA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA APLICAÇÃO DO CDC.- 1. Planos de saúde: experiência brasileira contemporânea.- VII. RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS POR ATOS DOS MÉDICOS: REGIME ESPECIAL.- VIII. DANOS SOFRIDOS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU POSTOS DE SAÚDE.- 1. Serviços públicos sociais x serviços de relevância social.- IX. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: UM TEMA RECORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.- 1. Obrigações de meio.- 2. Obrigações de resultado.- A) Outras exceções construídas doutrinária e jurisprudencialmente.- B) Procedimentos de natureza mista.- 3. A caminho da superação da dicotomia: novos critérios hermenêuticos?.- X. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA.- XI. UMA CONSIDERAÇÃO DIFERENCIADA EM RELAÇÃO AOS BENS JURÍDICOS NÃO PATRIMONIAIS.

“A vida é um hospital
Onde quase tudo falta.
Por isso ninguém te cura
E morrer é que é ter alta”.

FERNANDO PESSOA

I. A SAÚDE NO ESTADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Poucos bens são tão preciosos quanto a saúde. Costuma-se dizer, com muita verdade, que só a valorizamos adequadamente quando, por uma razão qualquer, a perdemos, ainda que temporariamente. A responsabilidade civil sempre se ocupou, através dos séculos, com os danos relacionados à ação ou omissão de alguém diante da saúde alheia, com danos mais ou menos graves. Vivemos, hoje, no Estado dos direitos fundamentais, e a saúde dos cidadãos ganha progressivamente importância, não só na formulação genérica de políticas públicas, mas também na solução concreta dos casos em que houve dano. Hoje, diante do “princípio da proteção”, próprio da responsabilidade civil do Estado do século XXI, cabe uma postura mais ativa, menos absentista, do Estado em relação à saúde dos seus cidadãos¹. Isso se

¹ A Constituição Federal cuida particularmente da saúde nos artigos 196 e seguintes. Estatuí, por exemplo, que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, art. 196). Cabe consignar que a jurisprudência brasileira, na linha de vários precedentes, reconhece que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e

aplica não apenas quando o Estado, por seus serviços públicos de saúde, presta atendimento. Mas também diante dos abusos nos poderes privados, como cada vez mais se vê por parte dos planos de saúde, cuja atuação vem sendo objeto de progressivas e reiteradas reclamações de seus usuários. O Estado não pode se omitir diante dessas circunstâncias.

Registre-se, em linha de princípio, que podemos nos valer, como critério interpretativo para avaliação da conduta médica, do “dever de tutela do melhor interesse do paciente”². Trata-se de vetor hermenêutico em favor da integridade física e psíquica do paciente. Trata-se, dizemos nós, do princípio da boa-fé objetiva, particularizado na conduta médica. Não agir apenas à luz das próprias conveniências (deixar para o mês que vem algo que deveria ser feito agora porque está com viagem marcada), ou interesses econômicos (resolver, entre dois pacientes, por internar aquele que lhe traz maior proveito financeiro).

O paciente, ademais, diante do médico, está em posição de vulnerabilidade. Não conhece, em regra, os meandros do tratamento, não sabe como agir nem o que esperar. Sem mencionar que a doença e a dor fragilizam, por si só, o ser humano, deixando-o em posição sensível³. A boa-fé objetiva deve iluminar fortemente essa relação, impondo ao profissional de saúde um dever de agir com lealdade, zelo e cooperação, abstendo-se de condutas que possam frustrar as legítimas expectativas do paciente, ainda que subjetivamente desconhecidas no momento do dano (por exemplo, a legítima expectativa que o direito protege, no caso, é a de receber o melhor tratamento possível à luz da ciência contemporânea. Se o médico sonega um tratamento, por uma razão qualquer, o dano se caracteriza, ainda que o paciente desconhecesse aquela possibilidade).

As soluções regulamentares trazidas pelo Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009, DOU 24/09/2009) não vinculam, por certo, o magistrado, mas poderão trazer valiosos subsídios informativos acerca de um campo em relação ao qual o juiz não dispõe de formação técnica. O Código de Ética Médica, por

dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde (STJ, AgRg no REsp 1.297.893, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 05/08/2013).

² TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea”, *Temas de Direito Civil. Tomo II*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 94. Registre-se, com o perdão da obviedade, que a interpretação jurídica do século XXI não pode desprezar o direito posto, mas também não se prende ao literalismo legal. O direito é lido sob uma perspectiva ética, que dialoga com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos apriorísticos e formais. Isso não significa, em absoluto, que o juiz possa se libertar dos limites e das possibilidades que a ordem jurídica traz. Não se trata de voluntarismo, mas de hermenêutica que reconhece a força normativa dos princípios e dialoga com a teoria dos direitos fundamentais.

³ O Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009, DOU 24/09/2009) prevê, por exemplo, no Capítulo I, item XXII, que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Conforme frisamos no texto, as soluções regulamentares trazidas pelo Código de Ética Médica, conquanto não vinculem o magistrado, podem eventualmente trazer valiosos subsídios para a solução das demandas relativas à matéria.

exemplo, veda ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (art. 34). Proíbe que o médico abrevie a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (art. 41 e parágrafo único).

Outro ponto da maior relevância, conectado à boa-fé objetiva, é que os deveres de cuidado não dependem de um contrato para existir. Podem nascer antes do contrato e podem se estender para depois dele (“post contractum finitum”). Sem falar que o contrato pode nem existir, como ocorre nos atendimentos – sejam de urgência ou não – na rede pública. Depois da cirurgia, a ausência do acompanhamento médico (ou o acompanhamento deficiente) pode ser extremamente danosa ao paciente. Sobretudo se não tiver havido, de forma clara e minudente, a informação sobre como o paciente deverá agir. A prova de que a informação foi dada, e compreensivelmente dada, incumbe ao médico. Também incumbe ao médico a prova do consentimento informado do paciente, naquelas hipóteses em que o consentimento é possível. Voltaremos ao assunto.

Ninguém desconhece ser limitado o potencial das normas jurídicas. Elas não podem obrigar os médicos – ninguém, na verdade – a agir com atenção, simpatia, gentileza. Mas há um núcleo normativo de deveres que se impõem, ainda que flexíveis e variáveis à luz das circunstâncias dos casos concretos. Lembrando que no campo da responsabilidade civil prevalece, com progressiva força, o princípio da proteção prioritária à vítima do dano, conjugado com o princípio da reparação integral.

Espera-se que médico esteja adequadamente informado sobre seu campo de atuação profissional e que aja, a todo tempo, de forma leal, correta, transparente, responsável. Que aja, enfim, banhado pela boa-fé objetiva. A desatualização do profissional pode, eventualmente, ensejar responsabilidade civil, se causar dano (prescrição de medicamento, por exemplo, cujos artigos científicos recentes evidenciam perigo para a saúde humana). Pode haver, também, conforme adiante veremos, a aplicação da teoria da perda da chance na responsabilidade civil médica (pensemos na conduta do médico que deixa de prescrever um novo medicamento cuja eficácia e segurança já foram comprovadas, e a doença do paciente se agrava. Não é certo que o paciente ficaria curado ou mesmo melhoraria com ele, mas não se pode negar que haveria uma chance. As circunstâncias é que dirão se a chance era, no caso, séria e razoável).

Por outro lado, é preciso sempre lembrar que nem tudo está sob o controle do médico, por mais diligente que seja. É possível, por exemplo, que em procedimento cirúrgico ocorra parada cardíaca que não esteja, em absoluto, relacionada à ação negligente dos médicos. Não se controlam todas as reações e comportamentos do corpo humano. É possível, por exemplo, que a paciente, mesmo após a laqueadura

de trompas, volte a engravidar (em decorrência, digamos, de permeabilidade tubária que recanaliza as trompas). O que se impõe, em casos assim, é investigar se houve o devido e concreto cumprimento dos deveres de informação, esse é o ponto relevante.

Medicina, enfim, não é uma ciência tão exata como gostaríamos que fosse. As formas de abordagem e terapêutica diante do mesmo problema variam enormemente, dependendo do médico. Além do mais, conforme frisamos, os organismos humanos nem sempre respondem do mesmo modo. Quanto mais complexas forem as variáveis, mais difícil será prever, com exatidão, o que pode acontecer. Não raro, frente a um mesmo dilema técnico, médicos divergem frontalmente. Não é simples nem fácil, nesse contexto, solucionar judicialmente essas demandas, sobretudo se tivermos em conta o óbvio fato que o juiz não dispõe, pessoalmente, de formação profissional na área médica. Não cabe, nesse contexto, segundo pensamos, que o juiz pretenda se substituir ao médico⁴. Em questões complexas, com múltiplas e simultâneas visões da ciência médica sobre o tema, deve-se adotar uma postura judicial de prudência e parcimônia. Cabe, por isso, em certos casos, operar com o minimalismo e com técnicas de contenção judicial (“court curbing”). Talvez o minimalismo possa ser resumido numa expressão que se tornou célebre: “o uso construtivo do silêncio”, na dicção célebre de Cass Sunstein – que tem publicado, nas últimas décadas, relevantes obras sobre o tema. Em outras palavras, “julgar, mas não julgar muito”. “Ou julgar sem dizer tudo”. Não decidir o que puder ficar sem decisão. Decidir apenas o essencial⁵.

II. A MEDICINA DO SÉCULO XXI: AVANÇOS E PERSPECTIVAS.

Estamos, no século XXI, bem distantes da medicina do início e de meados do século passado. Até mesmo se nos compararmos, em linha do tempo, com algumas

⁴ Por exemplo, “apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que “não há como estabelecer como único vínculo para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte” e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que “o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado” pela ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame provas, obstado pela Súmula 7/STJ” (STJ,REsp 992.821, Rel. Min.Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 27/08/2012).

⁵ SUNSTEIN, C.: *The Partial Constitution*, Cambridge, Havard University Press, 1998. O tema tem especial pertinência nas discussões relativas à jurisdição constitucional. Na literatura americana são comuns as referências à obsessão acadêmica que se tornou, desde Bickel, a dificuldade contramajoritária. São muitas as propostas teóricas – descritivas ou normativas – que buscam abordar a tensão que se renova entre democracia e constitucionalismo. Associa-se, com ou sem razão, a limitação da ação estatal à revisão judicial. Diz-se ainda que a jurisdição constitucional impede a tirania da maioria sobre a minoria e, com isso, protege direitos fundamentais. Essa visão, porém, simplifica um problema cujas bases são muito mais complexas. Cf. SANCHÍS, L. P.: *Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trota, 2003. SANTIAGO NINO, C.: *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

décadas atrás. O avanço foi assombroso, admirável. O avanço da genética nos convida a debater delicados dilemas éticos. Nasce o biodireito, para cuja formulação confluem, além do direito, a medicina e a ética. As células-tronco surgem como luminosa esperança para doenças antes incuráveis. A reprodução assistida acena para os casais – incapazes, por qualquer razão, de “engravidar” – com a preciosa promessa de um filho. Os avanços, enfim, são muitos e surpreendentes. Há alguns anos realizou-se, pela primeira vez, um transplante facial. Uma mulher que foi atacada por um cachorro e teve seu rosto desfigurado – com as capacidades de mastigar e falar comprometidas – foi submetida a 21 horas de cirurgia e recebeu uma nova face (com nariz, lábio e queixo de uma mulher que tinha sofrido morte cerebral, em caso ocorrido na França). Posteriormente, outro semelhante ocorreu nos Estados Unidos, com um homem que teve seu rosto desfigurado por uma descarga elétrica.

Cresceu vertiginosamente não só o conhecimento humano em determinadas áreas – que era precário e fragmentado, embora nosso conhecimento seja sempre, conceitualmente, insuficiente, sempre em evolução⁶ – como as tecnologias digitais também se notabilizaram por incrível eficácia e precisão. Hoje, com os *lasers* e os exames digitais, estamos realmente muito distantes da medicina em boa parte intuitiva desempenhada no início do século passado⁷. Como em muitas outras relações do nosso século, a relação médico/paciente, atualmente, é bastante distinta do que foi no passado. Praticamente não temos mais uma figura antes clássica: o médico da família, que frequentava a casa e era íntimo do grupo familiar. Hoje as relações são impessoais e massificadas, firmamos contratos de adesão com empresas de saúde.

Observa-se, igualmente, na medicina dos nossos dias, uma crescente especialização. Há uma conhecida blague que diz: saberemos cada vez mais sobre cada vez menos. O dito irônico parece aplicar-se a determinadas áreas do conhecimento, embora a medicina precise sempre – e os médicos sabem disso melhor do que ninguém – considerar o comportamento humano em sua bela integralidade, inclusive espiritual. Há, também, de modo inegável, uma massificação da medicina. Se há, nisso, aspectos positivos – como, em tese, a ampliação do número de pessoas atendidas –, há, por outro, notas não tão felizes: é proverbial que os médicos dispõem, hoje, de um tempo menor para cada paciente. No sistema público de saúde, e mesmo nos médicos credenciados pelos planos, o fenômeno se potencializa de modo triste. Há

⁶ Assim, quanto mais “compreendemos sobre o mundo, quanto mais profundo nosso conhecimento, mais específico, consciente e articulado será nosso conhecimento do que ignoramos – o conhecimento da nossa ignorância. Essa, de fato, é a principal fonte da nossa ignorância: o fato de que o nosso conhecimento só pode ser finito, mas nossa ignorância deve necessariamente ser infinita”. (POPPER, K. R.: *Conjecturas e refutações*, Trad. Sérgio Bath, 5 ed., Brasília, UNB, 2008, p. 57).

⁷ Seja-nos permitida, aqui, uma anotação curiosa. Mudamos socialmente tanto, em relativamente tão pouco tempo, que ainda se encontram nos livros clássicos brasileiros de responsabilidade civil (atualmente reeditados) capítulos sobre a *responsabilidade civil das parteiras*. Talvez seja mesmo pertinente que haja a menção, sendo certo que o Brasil – com suas “vastas solidões” – é país continental (perdoem-nos o truísmo), com realidades incrivelmente distintas coexistindo no mesmo século. Só fazemos o registro para anotar quão dinâmica é a responsabilidade civil, o instituto jurídico que mais se redefine espelhando mudanças sociais.

casos grotescos: em 2013, no Rio de Janeiro, um senhor diabético precisava amputar a perna esquerda. Por erro médico e da enfermagem, amputou-se a perna direita. Horas depois, o paciente, ainda sedado, foi novamente levado à sala de cirurgia, e amputou-se *também* a perna esquerda. Os familiares, desesperados, não sabiam o que dizer ao pai e avô quando acordasse e se percebesse sem as duas pernas.

O dever de bem informar – viga mestra das relações de consumo – incide com particular vigor nas relações entre médicos e pacientes. O paciente encontra-se, comumente, diante do médico, em situação de inferioridade técnica, por não conhecer as vantagens e desvantagens de cada um dos procedimentos e técnicas⁸. O destinatário da informação nem sempre é o paciente, pode ser familiares dele ou até mesmo outros médicos ou hospitais, para onde o paciente foi transferido. É inadmissível que o hospital, ao transferir um paciente, não forneça – sem que para isso precise ser solicitado – os dados e subsídios acerca do tratamento ministrado ao paciente até então. O mesmo vale para o médico, sob cujos cuidados estava o paciente, posteriormente transferido para os cuidados de outro profissional. São precauções básicas, mínimas, cuja ausência podem redundar em óbvios e grandes danos.

Hoje, com a velocidade na transmissão das informações, tudo isso está facilitado, e a medicina se reinventa continuamente. Novas vacinas, modos de diagnóstico (precoce) de doenças, modos de combater velhas doenças com mais eficácia e de modo menos invasivo. Procura-se não só debelar o mal, mas assegurar qualidade de vida ao paciente. Isso não impede que surjam doenças que nossos avós nunca ouviram falar (lidamos, atualmente, cada vez mais com doenças como o “Alzheimer”, o que talvez seja resultado do contínuo crescimento da nossa expectativa de vida). Outras tem feições mais recentes, como a chamada síndrome de “burnout (burn out)”, caracterizada pelo esgotamento emocional, mental e físico, quase sempre ligada ao estresse no trabalho. A vida contemporânea traz múltiplas dificuldades e desafios e o estresse faz parte, em maior ou menor medida, da existência de quase todos nós. A síndrome do pânico, por exemplo, talvez seja um dos tristes reflexos disso. Seja como for, retomando o ponto inicial, são imensos os benefícios que a tecnologia traz à medicina. A internet, também aqui, revolucionou costumes e práticas. Sugerimos ao leitor a leitura do capítulo relativo à responsabilidade civil digital⁹.

⁸ Isso, com o Google, relativizou-se, não sendo raro que o paciente chegue ao consultório sabendo mais acerca daquela moléstia específica do que o clínico geral. Obviamente, trata-se de um saber confuso, fragmentado e pouco confiável. Se há, na internet, boas fontes de pesquisa, há também aquelas lamentáveis. Nem sempre o curioso sabe distinguir uma da outra.

⁹ A internet vem revolucionando nosso modo de ser e conviver de muitos modos. Na ciência médica, não é diferente. Registre-se, a propósito, o notável sucesso do blog do médico José Carlos Souto, de Porto Alegre. Muito bem escrito e com forte respaldo científico, vem propiciando aos brasileiros informação de qualidade sobre nutrição, desfazendo perigosos mitos sustentados pelo lugar-comum (ver *lowcarb-paleo.blogspot.com.br*). É confortador perceber como certas verdades, mesmo que severamente combatidas, cedo ou tarde se impõem.

III. OS DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA MEDICINA: CONTEXTUALIZAÇÃO E PECULIARIDADES.

Os danos causados pelos médicos despertam especial atenção porquanto atingem a vida e a saúde humanas, que estão dentre nossos bens mais valiosos. São danos, em boa medida, irreversíveis. Bem por isso, Frank Lloyd Wright – arquiteto e escritor americano, que concebeu o Museu Solomon R. Guggenheim, em Nova York – disse, com ironia, que um médico pode enterrar seus erros, mas ao arquiteto resta apenas aconselhar seu cliente a plantar trepadeiras.

Nós ainda não desenvolvemos, no Brasil, o hábito (tão americano) de contratar seguros de responsabilidade civil relativos a danos causados por médicos. Seguros esses, esclareça-se, feitos pelos próprios médicos, quer individual, quer coletivamente, contratados pelas instituições de saúde a que se filiam. Também é verdade, por outro lado, que a matéria entre nós não atingiu a visibilidade que ostenta nos Estados Unidos – nem na quantidade de questionamentos judiciais, nem nos valores de indenização que são arbitrados, reconhecidamente altos por lá¹⁰.

O Código Civil trata da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, de modo amplo¹¹. Dispõe sobre a indenização a ser paga por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Só menciona, no entanto, inexplicavelmente, o dano material, evidenciando o caráter defeituoso e até desnecessário – por sua obviedade, naquilo que resolveu ser explícito – dos dispositivos legais nesse ponto.

¹⁰ Assistimos, nas primeiras décadas do século XXI, a luta – a expressão é bem essa – do presidente americano Barack Obama para implantar, ainda que parcialmente, um sistema de saúde pública nos Estados Unidos. O traço individualista da sociedade americana, tão apregoado como nota característica deles – para o bem e para o mal – aqui se faz notar com toda clareza (para o mal). Talvez seja o único país desenvolvido do mundo que não conte com um sistema público de saúde (falamos antes da reforma promovida por Obama). Lá, quem adoeceu tem que pagar. Calcula-se que seis em dez americanos que se tornam civilmente insolventes, tornaram-se porque alguém na família adoeceu.

¹¹ O regramento vem no art. 951 do Código Civil: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. Os artigos citados, por sua vez, prescrevem: “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”. Há, nos dispositivos citados, certa nota de obviedade, o que evidencia o quão pouco zelosa foi a disciplina do Código Civil a respeito da matéria.

Há alguns pontos que podem ser sistematizados: a) a relação entre médico e paciente – segundo o padrão conceitual tradicionalmente aceito – é uma relação contratual; b) dessa relação podem surgir danos morais, materiais e estéticos; c) o fato de estarmos diante de uma obrigação contratual não implica em presunção de culpa do médico; d) a culpa do médico deverá ser provada, embora possa ocorrer a inversão judicial do ônus da prova; e) a culpa do médico não precisa ser grave, embora exija certeza; f) a obrigação dos médicos é enxergada, em geral, como uma obrigação de meio (não se promete o resultado, a cura); g) haverá solidariedade sempre que se configurar, por ações ou omissões, a participação no resultado danoso (o cirurgião, por exemplo, responde pela equipe médica, mas não, em princípio, pelo ato do anestesista, que responde pessoalmente); h) a culpa pode resultar das circunstâncias, em casos particularmente graves (esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente); i) em caso de erro médico, o paciente não pode ser obrigado a se submeter a novo procedimento ou cirurgia com o “mesmo profissional”, em virtude da quebra de confiança.

A responsabilidade civil médica é tida, em geral, como uma responsabilidade civil contratual¹². Atualmente, conforme já pontuamos, a distinção entre as responsabilidades civis contratual e extracontratual perde força – sobretudo em certas áreas, como nas relações de consumo (as vítimas do evento, por exemplo, são consideradas consumidoras por equiparação, tenham ou não firmado contrato de consumo). Seja como for, há, inegavelmente, um contrato em boa parte dos casos envolvendo as relações entre médicos e pacientes: seja com o plano de saúde, seja com o médico, pessoalmente.

Há consequências relevantes em categorizar a relação entre médico e paciente como uma relação contratual. Por exemplo, cabe lembrar que os juros de mora, na responsabilidade civil contratual, incidem a partir da citação. Se houver falha, por exemplo, no serviço médico-hospitalar, causando danos, a hipótese é de responsabilidade civil contratual. Os juros moratórios, portanto, nesse caso, contam-se a partir da citação. É a pacífica jurisprudência brasileira (STJ, AgRg no AREsp 211.917, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 02/04/2013). Já se estivermos diante de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora contam-se, não da citação, mas desde antes, desde o evento danoso¹³.

Cabe lembrar, a propósito, que violações contratuais podem caracterizar ilícitos

¹² J. de Aguiar Dias, nesse sentido, esclarece, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916: “No direito brasileiro, onde a responsabilidade médica foi regulada em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana... Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial”. (*Da Responsabilidade Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1954, p. 271-272).

¹³ Trata-se de entendimento pacífico, já sumulado (STJ, Súmula 54). Assim, “está consolidada a orientação deste Tribunal Superior no sentido de que os juros de mora incidem desde a data do evento danoso nas hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54/STJ” (STJ, AgRg no AREsp 224.905, Rel. Min. Campbell Marques, 2ª T., DJ 11/10/2012).

civis, isto é, não são ilícitas apenas as condutas que violem os artigos 186 e 187 do Código Civil¹⁴. Por outro lado, nem todas as hipóteses de dever de indenizar perfazem ilícitos. Mesmo atos lícitos, na ordem jurídica brasileira, podem eventualmente dar ensejo à responsabilidade civil.

É importante frisar que mesmo sendo contratual a responsabilidade civil médica, a prova da culpa é, em princípio, da vítima. Dissemos “em princípio” porque é possível – e mesmo desejável, em muitos casos – que ocorra a inversão do ônus da prova. Essa inversão, no entanto, não é automática, será judicialmente deferida à luz das circunstâncias do caso. Já em meados do século passado Aguiar Dias advertia que o fato “de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional”¹⁵.

Em geral, na responsabilidade civil contratual, basta o descumprimento da obrigação para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade de quem descumpriu a obrigação (tradicionalmente) é presumida, sob o prisma probatório. Não é, porém, como vimos, o que ocorre no caso dos médicos. A responsabilidade deles, entre nós, é subjetiva, seja à luz do CDC (art. 14, § 4º), seja à luz do Código Civil (art. 951). Outro aspecto que pede menção é o seguinte: comumente, o inadimplemento contratual gera danos materiais, exclusivamente. A imposição de danos morais é excepcional, embora possível. Na responsabilidade civil médica, no entanto, a indenização por dano moral ocorre com frequência, dada a natureza dos danos experimentados (morte de entes queridos, paraplegia, cegueira etc.). Frise-se, portanto, que a indenização por dano moral, em casos de inadimplemento contratual, embora não seja comum, pode acontecer¹⁶.

Conforme estudaremos adiante, a obrigação dos médicos é enxergada como uma obrigação de meio. Isto é, não se promete o resultado, a cura. A prova da culpa dos médicos, portanto, deverá ser comprovada. Há, porém, algumas áreas em que se entende ser a obrigação de resultado, conforme veremos. O que se torna preciso observar “é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado,

¹⁴ Frise-se que há autores que perfilham uma orientação de total repúdio às violações contratuais como condutas que ensejem ilícitos. Assim, haveria atos que violariam normas vigentes, porém não seriam ilícitos, embora contrários ao direito, porque “*eminente e relativos*” (GOMES, O.: *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 312-313). Assim, as violações a normas contratuais não seriam ilícitas, por interessarem exclusivamente à outra parte. Cria-se, dessa forma, obliquamente, um novo pressuposto de existência para os ilícitos civis: a violação, para configurar ilícito, teria de ser a normas que “*conferem direitos absolutos e unilaterais*”. As violações às relações jurídicas relativas (negócios jurídicos, poder familiar, gestão de negócios, entre outras), não seriam ilícitas, porquanto relativas às partes envolvidas na relação. Não nos parece adequada essa restrição.

¹⁵ *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 273.

¹⁶ Em sentido semelhante: STJ, REsp 1.080.679, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 01/02/2012. Sem entrar na discussão, tão cara a Pontes de Miranda, no sentido da possibilidade de haver ilícitos absolutos mesmo entre figurantes de uma relação jurídica relativa. Por exemplo, o locador que mata o locatário viola relação jurídica absoluta, não obstante o contrato existente entre eles.

mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”¹⁷.

Não é necessário, para responsabilizar civilmente o médico, que a culpa seja grave. O direito brasileiro não conhece a gradação da culpa¹⁸. Mesmo a culpa leve, na responsabilidade subjetiva, obriga a indenizar. Ademais, o que mede, por assim dizer, a indenização, é o dano, não o grau de culpa (Código Civil, art. 944). No Rio de Janeiro, uma criança de 10 anos, atingida por uma bala perdida na noite de Natal, aguardou oito horas em hospital público sem o devido atendimento e veio a falecer. O médico plantonista (neurocirurgião) havia faltado, e possuía, segundo a imprensa, um crônico histórico de faltas, sobretudo em datas festivas. O Código de Ética Médica, no Capítulo III, art. 9º, proíbe que o médico deixe de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou o abandone sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento. Estatui ainda que na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição. De toda sorte, para que haja responsabilidade civil é preciso que haja nexos causal. Assim, em princípio, mesmo uma culpa leve poderá ensejar graves danos, se as circunstâncias autorizarem o casamento entre a ação ou omissão do médico e o dano.

A negligência, em certos casos, decorre do próprio dano, não precisando ser provada. Se alguém, digamos, tem uma tesoura cirúrgica esquecida no abdome, não é necessário que prove a culpa do médico, apenas que se submeteu àquele procedimento cirúrgico (a situação se complica, sob o ângulo probatório, se houve mais de uma cirurgia, com diferentes equipes médicas). De todo modo, a inversão do ônus da prova é sempre uma possibilidade muito bem-vinda nessa matéria, em favor do paciente (CDC, art. 6º, VIII). Há danos que, por si mesmos, trazem a assinatura da culpa. O médico, por exemplo, que ao realizar endoscopia perfura a bexiga do paciente, age culposamente. Do mesmo modo o dentista que, ao retirar o dente siso, provoca fratura de mandíbula do paciente, age com sonora imperícia.

Se o dano sofrido pelo paciente guarda relação tanto com a conduta do médico como a do hospital (que adiante estudaremos, em tópico próprio), ambos respondem de modo solidário. Por exemplo, age culposamente o hospital (ou o médico) que, embora consciente da necessidade de determinado instrumental para determinada cirurgia, não comunica a situação ao paciente, e deixa de utilizar o instrumental porque o plano de saúde não arca com os custos.

Sendo subjetiva a responsabilidade civil médica, o profissional responderá, igualmente, se *escolher mal* os seus subordinados, ou quem, de qualquer modo, esteje ligado ao serviço por ele desempenhado. A culpa “in elegendo” – tão usada no

¹⁷ AGUIAR DIAS, J. DE: *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 274.

¹⁸ Argumenta-se, nesse sentido: “Melhor, portanto, e mais compatível com o sistema brasileiro que desconsidera a gradação da culpa na caracterização do ilícito, parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao executá-lo”. TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica”, cit., p. 93.

passado e tão em desuso atualmente (embora ainda seja invocada, nem sempre quando deveria ser) – aqui pode ser usada de modo técnico. O cirurgião chefe, por exemplo, responde pelos danos causados por sua equipe. O dermatologista responde pelo dano estético causado por uma assistente, mesmo que não médica. A culpa, aliás, em certas situações, há de ser tida como presumida, cabendo ao médico provar que agiu corretamente (imagine-se uma paciente que vai ao consultório dermatológico fazer uma aplicação de “botox” e saiu com o rosto paralisado, tendo que ficar assim durante meses).

Uma situação que merece menção é a do anestesista. Trata-se de especialidade própria, destacável da figura do cirurgião. Por isso, nem sempre o cirurgião poderá ser chamado a responder por um erro do anestesista, como o anestesista não poderá ser chamado, em princípio, para responder por um erro do cirurgião¹⁹. Apenas em casos específicos, à luz de circunstâncias que levem a tal conclusão, impõe-se a solidariedade entre eles (processualmente, é importante a propositura da ação contra todos, para evitar as escusas recíprocas, um jogando a responsabilidade para o outro).

Os planos de saúde respondem solidariamente pelos danos causados por médicos credenciados. A jurisprudência, no ponto, é pacífica. O único detalhe digno de nota, por fugir da regra geral, é a situação dos chamados seguros-saúde. Neles, não há responsabilidade solidária. Do que se trata? De planos de saúde, por assim dizer, em que a escolha dos médicos se dá pelos próprios pacientes. Em outras palavras, não há médicos credenciados pelo plano. O paciente escolhe, paga, e depois é reembolsado pela empresa de seguro saúde. Nesses casos, se houver dano, não haverá solidariedade. Apenas o médico responde.

Se o cirurgião plástico (ou o médico em geral) provoca um dano no paciente, quebra-se, por certo, o vínculo de confiança e legítima expectativa de tranquilidade que havia. O paciente não pode ser obrigado a refazer o procedimento com o mesmo médico – geraria ansiedade e mútuos constrangimentos. O melhor é que se imponha o dever de custear procedimento semelhante com outro profissional de escolha do paciente, em escala financeira semelhante, eventualmente um pouco maior, em relação àquela que foi inicialmente paga (não seria razoável que o paciente pudesse escolher, digamos, o melhor cirurgião do Brasil, cujos honorários orbitam em padrões estratosféricos).

¹⁹ Eventualmente, se pode pensar em responsabilidade solidária do cirurgião se foi ele quem escolheu o anestesista, e as circunstâncias evidenciarem que ele escolheu mal. Ruy Rosado de Aguiar argumenta que “uma vez demonstrada a causalidade exclusiva do ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião: porém, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa *in eligendo*” (AGUIAR, R. R. DE: “Responsabilidade civil do médico”, *Revista dos Tribunais*, v. 718, p. 43). Nesse sentido, se o dano ao paciente provém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício do seu mister, este responde individualmente pelo evento (STJ, EREsp 605.435, Rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, DJ 28/11/2012).

A solução que propomos, no sentido da cirurgia ou do procedimento ser realizado por outro médico, além de intuitiva, é harmônica com nossa legislação de consumo. É, aliás, o que prevê o CDC, no caso de serviços fornecidos com vício. Autoriza-se o consumidor a exigir, caso queira, a “reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível” (CDC, art. 20, I). Prevê-se, ainda mais, que a “reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor” (CDC, art. 20, § 1º).

IV. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS: ESPECIFICIDADES E MODOS DE CARACTERIZAÇÃO.

Durante boa parte do século passado, os juristas que se dedicavam à responsabilidade civil debatiam e disputavam qual teoria aplicar aos fatos danosos: subjetiva ou objetiva? A teoria subjetiva, clássica, era a que contava com séculos de estrada e tinha o apoio confortador dos códigos civis. A teoria objetiva era, de certo modo, uma novidade, mas ganhava crescentemente adeptos (quase sempre ligada, de algum modo, à teoria do risco). O século XXI resolveu a questão. Nem uma nem outra, mas ambas. O direito brasileiro convive sabiamente com ambas as responsabilidades civis: objetiva e subjetiva²⁰. Talvez nem se possa dizer que a subjetiva é dominante, como era no passado. Talvez a responsabilidade objetiva tenha passado à frente (só um exemplo: a grande maioria dos contratos que firmamos, hoje, são contratos de consumo. Neles, a responsabilidade civil é, em quase todos os casos, objetiva).

Já vimos, nesta obra, situações e hipóteses de responsabilidade civil, seja objetiva, seja subjetiva. A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, depende de culpa²¹. Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a mesma²². O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é a valiosa previsão trazida pelo CDC da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). No processo civil, como medida que busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, poderá haver a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a

²⁰ Tepedino, a propósito, teve oportunidade de frisar – falando sobre a convivência entre as responsabilidades objetiva e subjetiva – que o sistema dualista de responsabilidade atende a um incidível dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado. (TEPEDINO, G.: “As relações de consumo e a nova teoria contratual”, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 177).

²¹ Desse modo, na esteira do direito positivo, “(...) no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva” (STJ, REsp. 196.306, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJ 16/08/04).

²² O Código Civil, conforme já apontamos, estabelece no art. 951: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. Os artigos citados tratam da indenização no caso de morte, lesão à saúde, ou lesão que impeça ou diminua a capacidade para o trabalho. O CDC, por sua vez, estatui que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva (CDC, art. 14, § 4º).

alegação do consumidor, ou quando ele for hipossuficiente. Em se tratando de erro médico – cabe sempre repetir – o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental²³. Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que o poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, podem demonstrar – livrando-se da indenização – que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize²⁴.

Pretendeu-se, nos séculos passados, que o médico apenas respondesse por culpa grave, por erros absurdos, manifestos²⁵. Hoje, no Brasil, nesta e em outras matérias regidas pela responsabilidade subjetiva, sabemos que não é assim. Basta, em regra, a culpa leve, para que haja o dever de indenizar. A indenização se mede pela extensão do dano (Código Civil, art. 944). Havendo, porém, manifesta desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o magistrado fica autorizado a reduzir, de modo equitativo, o valor da indenização (Código Civil, art. 944, parágrafo único). Essa redução, no entanto, há de ser enxergada com muita cautela, se o dano sofrido guardar relação com a saúde ou com a vida humanas (um médico que, por desatenção, prescreve medicamento a paciente alérgico, que vem a sofrer um choque anafilático e falecer). Miguel Kfoury Neto lembra não ser preciso “que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. A gravidade da culpa, agora, repercutirá na quantificação da indenização”²⁶.

Há muitos modos do médico – como de resto qualquer profissional – ser negligente. Delegar para assistente inexperiente procedimento que este não domina; realizar cirurgia sem os equipamentos de segurança necessários ou sem realizar o chamado risco anestésico; não verificar alergias ou a ingestão de outras drogas

²³ É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. (STJ, AgRg no AREsp 25.838, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/11/2012; AgRg no Ag 969.015, REsp 696.284).

²⁴ Cabe lembrar que a prova da culpa é feita nas instâncias ordinárias. Assim, “a constatação de ter o médico-cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ” (STJ, REsp 765.505, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T., DJ 20/03/2006). Na imensa maioria dos casos de erro médico que chegam ao STJ, não se reabre a discussão acerca dos fatos que causaram o erro médico. Aceita-se, portanto, as conclusões que o Tribunal – federal ou estadual – chegou a respeito da negligência do médico (AgRg no AREsp 221.746, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 28/08/2013). Tudo em atenção à Súmula 7 do STJ, que não autoriza a rediscussão da matéria de fato, em recurso especial. Importante – sempre e em todos os casos de responsabilidade civil – é um olhar atento e contextualizado, prudente e sensível às singularidades do caso, por parte de quem cabe a cognição plena. Não por acaso J. Aguiar Dias afirmou: “Pensamos ter dito o suficiente para mostrar que a responsabilidade médica se define de maneira eminentemente casuística” (*Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 285).

²⁵ ITURRASPE, J. M.: *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 68.

²⁶ KFOURI NETO, M.: *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, RT, 2013, p. 95.

incompatíveis ao prescrever medicações etc. Não é aceitável, por exemplo, que vítima de lesão no trânsito, politraumatizada, não seja submetida a exame radiológico ou avaliação neurológica. Ou que o anestesiológista realize, simultaneamente, duas ou mais anestésias.

Erros grosseiros devem refletir, no *quantum* indenizatório, a negligência, o descaso, a imperícia absurda. São, por exemplo, extremamente frequentes os casos de “cirurgia do lado errado”. Opera-se, por exemplo, o lado esquerdo do cérebro, ao invés do direito. Para o nosso pasmo, são casos mais comuns do que poderíamos imaginar. Em setembro de 2013, no Rio de Janeiro, um senhor, diabético, que deveria ter a perna esquerda amputada, teve sua perna direita extirpada por engano. Ficou, absurdamente, sem as duas pernas, sendo obrigado, pelo resto da vida, à companhia dolorosa de uma cadeira de rodas. Isso pelo descaso negligente e criminoso do serviço público de saúde.

O atendimento aos deveres de diligência e cuidado – e, por certo, a eventual falta deles – deverá ser apreciado caso a caso, de modo contextualizado, sendo relevantes, entre outros pontos, as condições subjetivas do paciente e do médico. Pontes de Miranda, a propósito, frisa que a “diligência subjetivamente a mais resulta, de ordinário, de exercício da profissão: a culpa do advogado especialista há de ser mais rigorosamente apurada que a do advogado sem especialidade; passa-se o mesmo com o médico, o engenheiro, o arquiteto, ou outro profissional, cuja profissão seja suscetível de especialização”²⁷. Outro ponto de intuitiva compreensão: se o médico se vale de método experimental deverá arcar com os riscos do procedimento, isto é, sua conduta poderá ser mais severamente analisada. Há casos, no entanto, conforme já tivemos oportunidade de frisar, em que a culpa resulta das circunstâncias do evento, não precisando ser demonstrada. O instrumento cirúrgico esquecido dentro do corpo do paciente é assinatura reconhecida em cartório de negligência. Não se precisa, por óbvio, produzir prova de que o corpo médico agiu mal.

Um médico, por exemplo, não deve, sem autorização do paciente, durante a realização de cirurgia ou procedimento ambulatorial, tomar decisões que poderiam ser tomadas, posteriormente, pelo paciente, sem que a demora represente risco. Sobretudo, por certo, quando tais decisões ostentam o caráter da irreversibilidade (amputações, retiradas de tecidos, transfusões etc.). Trata-se, obviamente, de orientação genérica que comportará exceções, à luz dos casos concretos: se a intervenção é de urgência, e a amputação, digamos, ou é feita naquele momento ou pode comprometer a vida do paciente (gangrena, por exemplo), estaremos diante da exceção legítima e autorizada. O julgador, ademais – e isso nem sempre é lembrado –, precisa ter presente que muitas vezes é a audácia (segura) do médico que pode salvar a vida do paciente. Um médico inseguro ou cauteloso demais nada faria. E a omissão excessivamente cautelosa pode ser trágica para o paciente.

Estamos diante da saúde humana, em sua indissociável integralidade. Não se admite,

²⁷ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 259.

aqui, consentimentos para a prática de danos, quaisquer que sejam. Afirmar isso não equivale a negar qualquer validade para o chamado consentimento informado²⁸. O consentimento informado – cujo ônus da prova caberá sempre ao médico ou a instituição de saúde – *poderá*, conforme o caso, ostentar prestabilidade jurídica, desde que o procedimento ou tratamento seja adequado e proporcional, diante da situação fática posta. Não, porém, como mero formulário padrão, mas como dever de informar – bem, leal e concretamente – acerca dos riscos e possibilidades do tratamento. Nesse contexto, o formulário *poderá*, também, ser usado, mas não imuniza, de modo absoluto, a responsabilidade civil dos médicos ou planos de saúde diante da informação falha, defeituosa ou omissa.

Feitas essas ponderações, repita-se que não se admitem, aqui, consentimentos para que danos sejam praticados contra o corpo humano. Pontes de Miranda já houvera observado que “o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, tanto mais quando o cliente ou a pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente ou de má-fé (*e.g.*, para ganhar o dinheiro da operação), o que seria a sua doença”²⁹. Aliás, nas relações de consumo – e a relação entre médico e paciente é relação de consumo, conforme adiante veremos – são nulas as cláusulas que afastem ou mesmo atenuem o dever de indenizar (CDC, art. 51, I).

O cuidado que o médico deve ter com o paciente não se exaure no procedimento em si, estende-se para depois dele, e na verdade inicia-se antes, com os severos deveres de informar com lealdade e clareza. A boa-fé objetiva torna ainda mais fortes os deveres que cabem ao médico, podendo ser civilmente responsabilizado se agir de modo desinteressado e pouco zeloso com o paciente, em quaisquer das fases temporais da relação. Necessário, contudo, para que a indenização se faça presente, que tenhamos nexos causal entre o dano e a conduta médica.

A culpa da vítima – aqui como nos demais campos da responsabilidade civil – *poderá* atuar, seja rompendo o nexos causal, se exclusiva, seja autorizando a redução do *quantum* indenizatório, se concorrente. Se, por exemplo, o paciente omite do médico determinada moléstia ou situação (alergia a determinado medicamento, digamos, ou que está fazendo uso de determinado remédio). Porém, mesmo nesse caso, a questão só terá relevância jurídica se o médico “não tinha”, no caso concreto, o dever de averiguar a situação por outros modos. Não se protege a conduta do médico que, negligentemente, deixa de verificar previamente os possíveis riscos relativos ao procedimento que realizará.

O erro de diagnóstico pode, dependendo do contorno fático, gerar dever de indenizar³⁰. Não será qualquer erro de diagnóstico que ensejará responsabilidade civil. Necessita-se, em linha de princípio, que o erro de diagnóstico esteja ligado, em

²⁸ O Código de Ética Médica prevê, no art. 22, ser vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

²⁹ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 436.

³⁰ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 436-437.

nexo causal, a um dano. E que o erro tenha sido culposo. Por mais que digamos – e que faça parte da tradição jurídica brasileira – que na órbita civil qualquer culpa, mesmo a leve, enseja a indenização, não é difícil verificar, na responsabilidade civil dos médicos, que a jurisprudência, talvez inconscientemente, só os responsabiliza em casos em que a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) revela alguma gravidade. Em parte, pensamos, porque em certos casos – como o erro de diagnóstico – é de fato difícil que tenhamos uma linha nítida entre o erro e a avaliação subjetivamente variável de cada profissional da medicina.

Quando a culpa se mostra evidente, a responsabilização se torna menos difícil. Por exemplo, em caso de paciente que compareceu cinco vezes ao hospital, sendo sempre atendido, sem que o médico identificasse uma apendicite. O atraso, no caso, ocasionou a supuração do apêndice, infecção e morte. Entendeu-se que houve negligência. Ou na situação da vítima que apresenta quadro infeccioso claro, a exigir antibiótico, que só lhe foi ministrado no oitavo dia de internação, quando seu estado já era irreversível. Também haverá erro grosseiro quando o clínico deixa de identificar sintomas de apendicite aguda, revelando absoluto descaso com o paciente, já internado, do que decorre peritonite e a morte da vítima. De igual modo quando médicos de pronto-socorro subestimam a gravidade dos ferimentos sofridos por criança de três anos de idade, vítima de atropelamento. Examinam-na superficialmente e prescrevem medicação insuficiente. Seis dias depois, a criança morre, em consequência de fratura craniana, seguida de comoção cerebral e hemorragia intracraniana³¹.

São mais raras, comparativamente aos médicos, os casos de responsabilidade civil dos farmacêuticos. Poderão ocorrer, como de resto com qualquer profissional. Se, por exemplo, o farmacêutico convence o paciente a não seguir a prescrição médica, porque há outro remédio – segundo ele – mais barato e melhor, e ocorre dano relacionado à indevida prescrição, a responsabilidade civil pode se configurar. Não se pode excluir, em casos assim, a possibilidade de culpa concorrente do paciente, que deve ser excluída nos casos de pessoas sem instrução, mais vulneráveis e sem defesa.

Questão complexa diz respeito à seguinte indagação: até onde o juiz pode ir nas discussões médico-científicas? Se havia duas ou mais ações terapêuticas possíveis, e o médico optou por uma delas (que veio a causar danos), será possível responsabilizar civilmente o médico, porque a outra alternativa (ou as outras alternativas) se mostravam menos danosas e igualmente legítimas? A resposta, segundo cremos, é positiva, porém excepcional. Em outras palavras: apenas se, no caso concreto, evidenciar-se o erro de conduta técnica. Se, porém, a matéria mostrar-se controversa ou instável, com múltiplas abordagens terapêuticas igualmente aceitas, torna-se pouco razoável pretender responsabilizar o médico. Se a literatura médica, ainda que parcialmente, secunda a ação do médico no caso concreto, e se não houver dúvidas acerca do diagnóstico do paciente, não se pode

³¹ Colhemos alguns exemplos que estão em KFOURI NETO, M.: *Responsabilidade Civil do Médico*, cit. p. 102-105.

legitimamente falar em erro de conduta técnica.

Por outro lado age culposamente o médico que não utiliza todos os recursos disponíveis para a detecção do mal (dependendo da situação, radiografia, tomografia computadorizada, ultrassom, exame neurológico etc.) e exclusão de possíveis enfermidades. Não é razoável que se alegue, em hospitais públicos, ausência de equipamentos ou de remédios. Se isso ocorrer, poderá haver responsabilidade civil do Estado, embora não dos médicos, se no caso concreto ficar evidenciado que eles não poderiam – pela escassez ou ausência de condições técnicas – agir de modo diverso de como agiram.

Situação delicadíssima é a seguinte: se, em hospital público, reconhecidamente carente de recursos e equipamentos, há dois os mais pacientes igualmente graves, e, digamos, apenas uma vaga na UTI. O que fazer? O ideal é que se tenham normas administrativas minimamente objetivas que regulem a situação. Algum critério há de existir – seja a antiguidade na fila de espera, seja a gravidade do caso (segundo critérios claros e aferíveis), seja a irreversibilidade de determinada situação (os médicos costumam alegar, em situações assim, que é melhor investir os recursos escassos para cuidar de quem tem chances razoáveis de recuperação, em detrimento de quem não as tem). Seja como for, o tema é delicado, exige muita cautela e zelo singular.

Sempre que a situação descrita ocorrer, o Estado responderá civilmente pelos danos. O médico, em princípio, não responde, a menos que as circunstâncias evidenciem que ele realizou a escolha por razões outras, não estritamente médicas (optou, por exemplo, pelo paciente cuja família faria um “complemento financeiro” ao tratamento; optou por alguém famoso ou amigo de sua família; optou por alguém por razões de raça, ou preferência sexual etc.).

V. A COMPLEXA QUESTÃO PROBATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.

Os danos estão ligados, de modo inseparável, à prática médica. É natural que seja assim. Sempre existiriam e sempre existirão. Uma cirurgia, por mais indicada que seja à situação do paciente, envolve riscos, nem sempre controláveis. A medicina, para curar e tratar o ser humano, necessita, por vezes, de procedimentos invasivos e aparentemente agressores do corpo humano. O corte cirúrgico, a quimioterapia, a radioterapia – para ficar nos exemplos mais óbvios – são procedimentos que ostentam um fim legítimo e tecnicamente correto, porém causam, em maior ou menor amplitude, desconfortos, dores, traumas.

É complexo o vislumbre do nexos causal na responsabilidade civil médica. Cada organismo humano guarda suas idiossincrasias, suas particularidades. As mesmas drogas nem sempre atuam de modo uniforme em pessoas distintas. Por isso é correto – *de lege ferenda* – que a responsabilidade civil do médico dependa da culpa. Nem todo dano há de ser indenizável. Percebe-se, em suma, que a responsabilidade civil do médico é particularmente permeada por dificuldades. Seu estudo teórico é

realizado, em regra, por juristas que não têm qualificação para discutir os meandros e as linguagens próprias da medicina. É difícil escapar de certo generalismo. Aliás, em linha de princípio, não é recomendável que o juiz pretenda se substituir ao médico, discutindo a conveniência desse ou daquele tratamento³². Seria presunçoso e perigoso esse caminho. Além de ingênuo. O que não significa que não se possa, nos processos, verificar casos em que houve negligência, além de inverter o ônus da prova para que o médico – diante do dano havido – prove que agiu do modo que seria de se esperar.

Aqui entramos em outro campo reconhecidamente problemático: a prova da culpa no erro médico. Há, em qualquer campo profissional, certo corporativismo, certa dificuldade em aceitar a responsabilização dos pares. E a prova que o médico errou necessita, não raro, do depoimento de colegas e da equipe de enfermagem. De perícias médicas. Tudo isso, é natural prever, torna mais difíceis e complexas as responsabilizações, mesmo porque são frequentes, também, como dissemos, modos distintos de abordagem técnica para problemas iguais. Cabe sintetizar brevemente o que aludimos de modo fragmentado.

Há, sob o prisma probatório, dois problemas básicos: a) dificuldade na “produção” da prova; b) dificuldade relativa à complexidade da prova, em si mesma considerada. Em relação ao item a, são reconhecidamente difíceis as provas do erro médico em virtude das naturais idiosincrasias humanas. Se o erro demandar, em alguma medida, prova testemunhal, é bastante provável que as testemunhas sejam pessoas que trabalhem com o médico, até subordinadas a ele. Isso é fato eloquente por si só, a dificultar a responsabilização. Em relação ao item b, a dificuldade é outra. Diz respeito às múltiplas e complexas formas de abordagem para um mesmo problema. Medicina não é ciência que se resolva à luz de equações. Não é saber de respostas únicas. Se a solução para determinado problema de saúde é controversa mesmo entre os médicos, como podemos (razoavelmente) responsabilizar o médico que optou por uma solução, e não por outra?

São não só complexos os casos de responsabilidade civil médica, são também de tramitação longa. Quase sempre envolvem perícias. Aguiar Dias, a propósito, propõe que na “apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta a responsabilidade ainda

³² Aguiar Dias percebeu que “o erro de técnica é apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões” (*Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 282).

quando o nexo de causalidade seja mediato”³³.

Cabe lembrar que as circunstâncias podem evidenciar a culpa, independente da prova produzida pela vítima. Se, em procedimento médico de baixíssimo grau de risco, ocorre dano grave a paciente, ao médico cabe provar a ausência de culpa. Não se pode imputar à vítima – tecnicamente vulnerável – a obrigação de ingressar em meandros técnicos, labirintos médico-conceituais que absolutamente não domina, para conseguir a reparação dos danos que sofreu. O que não significa, cabe sempre repetir, que em casos assim deva o médico, invariavelmente, indenizar. Não é essa a solução adequada. Mesmo em intervenções de baixo risco, danos podem ocorrer (os riscos são baixos, porém existem). Esses danos podem estar ligados a situações orgânicas do paciente, peculiares e próprias. O médico não deve, em regra, responder por esses danos, mas deverá, isto sim, produzir a prova de que agiu de modo adequado, correto, zeloso e prudente. Uma última observação a respeito é esta: se as condições orgânicas peculiares do paciente (que originaram o dano) pudessem ser previamente verificadas por determinados exames, que *não foram solicitados pelo médico*, a situação já muda de figura, porquanto o dano está ligado à ação ou omissão médica, formando o nexo causal³⁴.

Há, por fim, temas ontologicamente complexos, como a infecção hospitalar. Poderíamos caracterizá-la como falha na prestação de serviço, responsabilizando objetivamente o hospital, na qualidade de fornecedor de serviços (CDC, art. 14)? Ou, ao contrário, estaríamos diante de uma excludente de responsabilidade civil, categorizada como caso fortuito ou força maior? Cremos que a primeira posição, que responsabiliza os hospitais, além de tecnicamente correta, contribui pedagogicamente para uma progressiva depuração das práticas hospitalares. Um outro ponto fortalece essa posição: na tradição brasileira, o caso fortuito que exclui a responsabilidade civil é o chamado caso fortuito externo, não o interno. No interno, a responsabilidade continua, persiste. E o que essencialmente caracteriza o caso fortuito interno? Que o fato danoso esteja, de algum modo, ligado à atividade desenvolvida. É, indubitavelmente, o que ocorre com a infecção hospitalar em relação à atividade desenvolvida pelos hospitais.

1. Perda da chance e atividade médica.

A teoria da perda da chance ganhou enorme projeção teórica e recebe crescente atenção nos tribunais. Consiste, essencialmente, na indenizabilidade da chance perdida. Em outras palavras, se alguém destrói a chance – razoável e real, não imaginativa ou fictícia – de outrem, a teoria poderá ter lugar. Já se decidiu que a perda da chance se aplica tanto aos danos morais quanto aos materiais (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 04/08/09). Em determinado caso,

³³ AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 285.

³⁴ O paciente, por exemplo, que traz incontinência urinária como seqüela de procedimento cirúrgico, poderá responsabilizar o médico, se a seqüela poderia ter sido evitada mediante determinado exame prévio, que não foi feito.

um médico e professor universitário foi a um congresso em Washington, representando o Brasil na organização Pan-americana de saúde. Na volta, surpreendeu-se com o extravio da bagagem, que continha materiais didáticos, projetos, estudos, presentes etc. No dia seguinte ao retorno, prestaria um exame de seleção de mestrado. O abalo psíquico, segundo o médico, aliado à perda da bagagem (contendo material de estudo) foi a causa da reprovação na seleção. Ele foi indenizado pelos danos morais, mas não, como pretendia, com o valor correspondente à bolsa integral que teria se fosse aprovado no mestrado³⁵.

Definir o valor da indenização, em casos semelhantes, é sempre delicado e problemático. Sobretudo se a perda da chance estiver relacionada com danos morais, o que é possível (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 04/08/09). A tarefa de definir o valor da indenização é uma das muitas dificuldades que se põe diante da teoria da perda da chance. Se, por um lado, deve-se atentar para não se deixar danos sem a devida indenização, por outro é preciso parcimônia para não se indenizar inefáveis probabilidades. Assim, “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas” (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 04/08/09). A chance – que se traduz na possibilidade de algo acontecer – é sempre incerta, mas deverá apresentar contornos de razoabilidade.

A teoria tem sido progressivamente invocada em casos relacionados aos médicos. Por exemplo, como já se decidiu, configura perda da chance a postura do médico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomendou tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo. Privou-se, desse modo, da chance do tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. Decidiu-se, em outra ocasião, que a chance de cura (ou de sobrevivência) passa a ser considerada um bem juridicamente protegido, razão pela qual sua privação indevida é tida como passível de ser indenizada (STJ, REsp 1.335.622, Rel. Villas Bôas Cueva, 3ª T., DJ 27/02/2013). Do mesmo modo, o tratamento inadequado do câncer, por exemplo, reduzindo as possibilidades de cura, possibilita a aplicação da teoria da perda da chance. O STJ, na ocasião, frisou que “nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento” (STJ, REsp 1.254.141, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 20/02/2013). Conceitualmente curioso, no caso, é que o ofensor (o médico, no caso) não responde pelo resultado

³⁵ O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao votar, ponderou: “Entendo que a companhia aérea não pode ser condenada a indenizar o valor integral da bolsa que o autor perdeu por ter prestado concurso em condições psicológicas adversas. É possível que esse incidente lhe tenha trazido um transtorno, abalando-o a ponto de não prestar um bom concurso. Deve ser indenizado por isso. Incluo até também uma parcela correspondente à perda da chance de prestar um melhor exame. Condenar a companhia aérea a pagar o valor da bolsa é dar como certo o fato de que o autor teria sido aprovado no concurso, como também o fato de que não foi aprovado por causa do extravio. Como tudo isso são probabilidades, penso que a reparação deve ser deferida, mas não no valor correspondente ao da bolsa” (STJ, REsp 300.190, 4ª T., DJ 18/03/02).

danoso em si (a doença; afinal de contas não foi o médico que a causou), mas sim pela chance subtraída ao paciente de cura. Chance, frise-se, que para ser indenizável deverá ostentar os caracteres da concretude e da razoabilidade. Nessa moldura conceitual, a chance de cura emerge como um bem jurídico autônomo, cuja lesão poderá ser indenizável. Só os casos concretos, e seus múltiplos matizes, poderão iluminar a utilização da teoria. Lembrando que o ônus argumentativo, nesse caso, é ainda maior por parte do julgador, porque indeniza-se a chance perdida, que por mais razoável que se mostre nesse ou naquele caso, ostenta sempre algo de inefável.

VI. A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE COMO UMA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA APLICAÇÃO DO CDC.

A responsabilidade civil na área médica – digamos assim, de modo amplo – rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência brasileira se consolidou nesse sentido³⁶. Essa mudança do lastro normativo, do Código Civil para o CDC, tem consequências hermenêuticas consideráveis, conforme veremos brevemente a seguir.

Não deixa de ser conceitualmente estranho que a jurisprudência brasileira tenha definido que o CDC não se aplica aos advogados, mas se aplica aos médicos. Existem, é óbvio, ninguém desconhece, especificidades em cada uma das nobres profissões – como de resto em todas as outras. Não nos parece, porém, que tais especificidades sejam bastantes para traçar uma muralha teórica entre os advogados e as demais profissões, sujeitando todas, menos uma, ao CDC³⁷.

Se os advogados, no entender da jurisprudência brasileira, não são considerados fornecedores de serviços à luz do CDC, os médicos o são. Mesmo com reservas em relação à posição adotada no que toca aos advogados, parece-nos correta a orientação jurisprudencial que se firmou no sentido da aplicação do CDC à relação entre médico e paciente. Também, por certo, com mais forte razão, à relação entre consumidores e planos de saúde. Veremos, neste tópico, ambas as situações, em relação as quais a jurisprudência brasileira tem, em regra, desenvolvido construções louváveis.

Os médicos são profissionais liberais. Profissionais liberais exercem, com autonomia, seu mister profissional, sem subordinação técnica a outrem. Os profissionais liberais, segundo o CDC, apenas respondem culposamente pelos danos

³⁶ A jurisprudência do STJ é firme no sentido da aplicação do CDC aos serviços médicos (STJ, EDcl no REsp 704.272, Rel. Min. Isabel Gallotti, 4ª T., DJ 15/08/2012). Aplica-se o CDC aos médicos, inclusive quanto ao prazo prescricional de cinco anos (STJ, AgRg no Ag 1.229.919, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 07/05/2010). Anteriormente, já se houvera assentado essa aplicação (STJ, REsp 731.078, Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., DJ 13/02/2006).

³⁷ A jurisprudência do STJ, depois de alguma polêmica, consolidou-se no sentido de não ser possível invocar normas do CDC para regular os danos causados por advogados (STJ, REsp 1.123.422, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., DJ 15/08/2011; REsp 1.134.889; AgRg no Ag 1.380.692, 3ª T., DJ 30/05/2011).

que causem (CDC, art. 14, § 4º). Poder-se-ia perguntar: haveria, normativamente falando, vantagem para o paciente em se aplicar o CDC, ao invés do Código Civil, sendo certo que a responsabilidade civil do médico, nos dois casos, é subjetiva, isto é, depende do elemento culpa? A resposta afirmativa se impõe. Podemos, sem pretensão de exaustividade, citar cinco exemplos dessa vantagem para o consumidor paciente: a) possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor (CDC, art. 6º, VIII); b) possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor (CDC, art. 101, I); c) prazo prescricional mais dilatado (CDC, art. 27: cinco anos, e não três, conforme prevê o Código Civil); d) deveres de informação, por parte do médico e instituições de saúde, particularmente severos (CDC, art. 6º, III; art. 8º; art. 9º); e) invalidade de cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar, em caso de dano (CDC, art. 51, I).

Os pontos acima indicados são de fácil compreensão, nem precisaríamos explicar de modo mais detalhado. Vejamos, porém, com um pouco mais de atenção cada um deles. Em relação ao item a, a inversão do ônus da prova, potencialmente falando, é instrumento que torna efetiva a responsabilização civil em casos de erro médico, evitando a “prova diabólica”, de difícil produção, e o espírito de corpo que impera nas corporações, quaisquer que sejam. A jurisprudência brasileira tem utilizado, com alguma frequência, a inversão do ônus da prova em casos de erro médico³⁸. Lembremos que a inversão pode ocorrer inclusive em processos coletivos (ação civil pública, digamos, ajuizada pelo Ministério Público contra determinado plano de saúde cujos pacientes *não conseguem* marcar consultas ou ser atendidos). A inversão do ônus da prova não significa que o fornecedor estará obrigado a arcar com os custos de perícia solicitada pelo consumidor. Poderíamos elencar outras vantagens processuais de se invocar o CDC em casos de erro médico. É vedado, por exemplo, nas lides de consumo, a denúncia da lide (CDC, art. 88). Embora o CDC, em sua literalidade, vede a denúncia nas hipóteses do art. 13, parágrafo único, a jurisprudência terminou por assentar que a denúncia da lide é proibida em qualquer hipótese, nas relações de consumo³⁹.

Em relação ao item b – possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor – teremos, aí, mais um poderoso instrumento para tornar efetiva a reparação dos danos sofridos pelo consumidor (CDC, art. 6, VI). Se, digamos, alguém, domiciliado em Belo Horizonte, vai até São Paulo realizar determinada cirurgia, e sofre danos ligados ao procedimento, poderá propor a ação contra o profissional de saúde (ou contra o plano, ou contra ambos, solidariamente), em Belo Horizonte. A facilitação da defesa dos seus direitos, a propósito, está consagrada

³⁸ A inversão do ônus da prova é expediente que vem sendo largamente usado na responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas (STJ, AgRg no AREsp 25838, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/11/2012). Precedentes: AgRg no Ag 969.015, Rel. Min. Isabel Gallotti, 4ª T., DJ 28/04/2011; REsp 696.284, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 18/12/2009.

³⁹ Não cabe denúncia da lide no CDC (STJ, AgRg no AREsp 195.165, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 14/11/2012). Não é possível, em nenhum caso, nos processos que têm como objeto relações de consumo, haver denúncia à lide (STJ, AgRg no AREsp 157.812, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 02/08/2012).

dentre os direitos básicos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

Já no que toca ao item c, ao enquadrarmos a relação entre médico e paciente como uma relação de consumo, teremos, se o paciente sofrer dano, um fato do serviço (acidente de consumo). Aplica-se, no caso, não o prazo prescricional do Código Civil (art. 206, § 3º, V, relativo à prescrição da pretensão de reparação civil), mas o prazo do CDC (art. 27, fato do produto ou serviço). O termo inicial para contagem do prazo prescricional em casos de erro médico se inicia quando a vítima toma ciência da irreversibilidade do dano (STJ, REsp 1.211.537, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 20/05/2013). Prevalece, em relação ao início da contagem do prazo prescricional, o princípio da *actio nata*, o que significa basicamente que o termo inicial do prazo prescricional é a data a partir da qual a ação “poderia ter sido proposta”. A ação só pode ser proposta quando a vítima – ou seus familiares, em caso de falecimento – conhece não apenas o dano, mas também quem foi o seu autor. Bem por isso o CDC, no art. 27, estatui que a contagem do prazo prescricional inicia-se “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. O uso da conjuntiva “e”, ao invés da disjuntiva “ou”, é significativo e expressa bem o que ocorre. Um exemplo singelo: digamos que uma senhora idosa tome vários medicamentos de uso contínuo. Um deles causa-lhe cegueira. O prazo prescricional, na espécie, terá início não a partir da cegueira, mas a partir da descoberta de qual, dentre os medicamentos ingeridos, efetivamente causou o dano.

Em relação ao item d, a aplicação do CDC torna bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (CDC, art. 6º, III; art. 8; art. 9). É preciso esclarecer, em linha de princípio, que tais deveres de informação existem “também” nas relações civis amplamente consideradas, e não apenas nas relações de consumo. Mas é inegável reconhecer que nas relações de consumo tais deveres assumem cores particularmente fortes. O princípio da informação biparte-se em núcleo normativo dúplice: a) direito de ser informado e b) dever de informar. Os deveres de informação são deveres de conduta, exigem uma postura positiva e ativa. O médico que negligencia o dever de informação pode ser condenado a indenizar (STJ, 332.025, Rel. Min. Menezes Direito, 3ª T., DJ 05/08/2002). Informar corretamente, esclareça-se, é informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito. A ausência de informação (ou a informação defeituosa) gera responsabilidade civil, desde que conectada, emnexo causal, a um dano de qualquer espécie⁴⁰. Diga-se ainda que os planos de saúde, ademais, devem observar uma boa-fé qualificada, uma boa-fé que leva em conta o leal cumprimento dos deveres de informação.

Por fim, no que se refere ao item e, diga-se que as chamadas cláusulas de não indenizar, ou cláusulas de irresponsabilidade, são rechaçadas nas relações de consumo (CDC, art. 51, I). Se porventura as admitíssemos, é bem provável que toda força normativa cogente do CDC se esvaísse. As relações de consumo são regidas,

⁴⁰ Recomenda-se, por exemplo, que as próteses de silicone sejam substituídas no prazo médio de dez anos. Mas às vezes, apesar dos cuidados profissionais, o dano ocorre. Há alguns anos veio à luz o escândalo das próteses francesas feitas de silicone industrial. Convencionou-se que tanto o SUS quanto os planos de saúde estão obrigados a substituí-las. Quanto maiores, potencialmente, os perigos para a saúde do paciente, mais fortes e severos são os deveres de informação.

dentre outros princípios, pela reparação integral (melhor diríamos princípio da indenização integral, porque falar em reparação, de certo modo, faz pensar em voltar à situação anterior ao dano, ao *status quo ante*, o que só é possível no dano material, não no dano moral). Seja como for, cabe lembrar – como ponto tematicamente conexo – que a jurisprudência brasileira não aceita a chamada “indenização tarifada”, que são limites preestabelecidos para a indenização (seja por lei, seja por contrato). Havendo dano, a indenização deverá ser integral. São inválidas, nas relações de consumo, as tarifações prévias da indenização estabelecidas por contrato, ou até mesmo por lei. A única exceção – à luz do CDC – ocorre quando o consumidor for pessoa jurídica. Nesse caso – e é o único – a indenização poderá ser validamente limitada, conforme preceitua a parte final do art. 51, I: “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

1. Planos de saúde: experiência brasileira contemporânea.

A autonomia da vontade (“Privatautonomie”) encontra no negócio jurídico seu mais forte símbolo. Vivemos, nos séculos passados, de certo modo, uma hipertrofia da autonomia da vontade nos negócios jurídicos patrimoniais. Hoje percebemos que a vontade não pode ser erigida em valor absoluto, pois, a ser assim, teríamos a concretização da previsão arguta de Lacordaire, que percebeu que entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza, e a lei que liberta. Não mais a liberdade contratual absoluta, mas a paridade. Em outras palavras, o conteúdo (atual) do contrato não corresponde apenas à vontade das partes. Ele é composto por padrões mínimos de razoabilidade que remetem à boa-fé objetiva, ao equilíbrio material entre as prestações e à vedação ao abuso de direito.

Temos, atualmente, relações negociais massificadas e impessoais, e os abusos decorrentes dos chamados poderes privados são cada vez mais fortes. Nesse contexto, quanto maior for a desigualdade entre os figurantes do negócio jurídico, mais intensa e vívida deverá ser a proteção do contratante mais fraco, e menor a tutela da autonomia privada. A tutela da autonomia privada deve ser intensamente resguardada, isto sim, naquilo que diga respeito às escolhas existenciais de cada um (afetivas, religiosas, profissionais etc.).

Dito isso, lembremos que dada a precariedade do sistema público de saúde, é crescente o número de brasileiros que se socorrem dos planos privados de assistência médica. A chamada classe média, em sua quase totalidade, vê-se compelida a firmar tais contratos de adesão, temendo o que lhes possa acontecer, se forem depender exclusivamente do SUS. As classes mais humildes, por absoluta falta de opção, ficam à mercê de uma saúde pública muitas vezes miseravelmente distribuída. Os contratos relativos a planos de saúde – dizendo de modo amplo – são, portanto, pactos de presença praticamente obrigatória na sociedade atual⁴¹.

⁴¹ Cabe ressaltar, nesse sentido, que “embora o contrato seja um contrato de seguro, não se cuida de um contrato de seguro típico, dada a função social que o está a envolver, posto que substitui

Têm como objetivo principal a transferência onerosa dos riscos referentes à necessidade (futura) de assistência médica.

Frise-se que o CDC é aplicável aos planos de saúde (STJ, Súmula 469). Os planos de saúde oferecem seus serviços através de contratos de adesão (CDC, art. 54). Os planos de saúde devem observar uma boa-fé qualificada, já que lidam com a saúde e tudo de valioso para o ser humano que isso envolve. Lembremos que o CDC dispõe de um sistema próprio de nulidades, tendendo a proteger o consumidor. Trata-se de normas cogentes, de ordem pública. As cláusulas abusivas são nulas, não são anuláveis. São frequentes, na jurisprudência brasileira, o reconhecimento de nulidade de cláusulas por violação ao princípio do equilíbrio material entre as prestações. Também são nulas as cláusulas contratuais que ofendem os princípios fundamentais do sistema jurídico (CDC, art. 51, § 1º, I), que restrinja direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual (CDC, art. 51, § 1º, II), ou se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (CDC, art. 51, § 1º, III). São normas propositadamente abertas, cláusulas gerais cuja construção de sentido caberá, de modo contextualizado, ao julgador.

Os deveres de informação devem ser cumpridos com rigoroso escrupulo. Informação adequada, vale lembrar, é aquela completa, gratuita e útil. Isso significa, por exemplo, em relação à utilidade, que não é dado ao fornecedor “esconder” uma informação útil num mar de informações inúteis. A informação pode assumir várias formas, como por exemplo: a) informação-conteúdo; b) informação-utilização; c) informação-preço; d) informação-advertência. Em outra perspectiva, os planos de saúde têm o dever de informar individualmente aos consumidores acerca do descredenciamento de médicos e hospitais. A não ser assim, teríamos a situação de quem procura atendimento de urgência e é informado, por exemplo, que o hospital não é mais credenciado. Os riscos relativos à informação, no caso, são do fornecedor, não do consumidor. A propósito, o contrato não obriga o consumidor se ele não tiver chance de tomar prévio conhecimento de seu conteúdo (CDC, art. 46).

É abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado. O fornecedor, se utiliza, por exemplo, expressões como “cobertura total”, “cobertura integral” não pode pretender, posteriormente, esvaziar a cobertura, sob pena de afronta à boa-fé objetiva. Em matéria de prescrição, se o segurado entendeu que efetuou pagamento indevido, o prazo prescricional tem sua contagem iniciada a partir do pagamento de cada parcela indevida. Quaisquer exclusões ou limitações do valores de indenização, contratualmente feitas – pelo plano de saúde em relação ao consumidor pessoa física –, são inválidas (CDC, art. 51, I). As excludentes de responsabilidade civil,

função do próprio sistema de saúde oficial ou da seguridade governamental” (NEGREIROS, T.: *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 326).

outrossim, devem ser interpretadas de modo restrito, só podendo ser aceitas em casos excepcionais, que efetivamente demonstrem o rompimento do nexu causal, e não podem, sob nenhum aspecto, estar relacionadas às atividades desenvolvidas pela empresa de saúde.

As empresas de planos de saúde respondem pelos danos praticados pelos médicos credenciados. A única exceção se dá quando o médico é escolhido livremente pelo próprio paciente, que depois é reembolsado pela empresa de saúde (nesse caso apenas responde civilmente o próprio médico, não a empresa de seguro-saúde). Importante sublinhar que nos casos em que presente a solidariedade não cabe discutir maior ou menor participação do agente diante do dano, pois a utilidade finalística do instituto da solidariedade é justamente afastar essas discussões diante da vítima.

Se os planos de saúde se valem de cláusulas dúbias ou mal redigidas, a interpretação, decerto, deve ser favorável ao consumidor (CDC, art. 47). São abusivas, em contratos de planos de saúde, as cláusulas que negam cobertura de próteses, por exemplos, essenciais à cirurgia, ou o tratamento hospitalar dela decorrente. Vale lembrar ser inválida a cláusula contratual que limita o tempo de internação hospitalar (STJ, Súmula 302). Além de não poder validamente limitar o prazo do tratamento, o plano de saúde tampouco pode limitar o respectivo custo. Se o contrato de plano de saúde prevê a cobertura de determinado tratamento, não podem ser excluídos os procedimentos imprescindíveis para seu êxito. Se, digamos, determinada patologia está coberta pelo plano (câncer, por exemplo), não é dado ao plano vedar esse ou aquele procedimento indicado para a cura. A recusa do plano em cobrir o valor de “stents” usados em angioplastia, por exemplo, dá ensejo à indenização por dano moral, em razão da aflição psicológica que se presume em situações semelhantes.

Os planos de saúde não podem negar autorização para cirurgia de emergência, nem mesmo durante o período de carência estabelecido em contrato. Se o fazem, agem abusivamente e devem responder por danos morais (STJ, REsp 1.348.146, Rel. Min. Raul Araújo, DJ 29/11/2013). No caso, determinada empresa de saúde recusou-se a arcar com os gastos decorrentes de laparotomia de emergência. Aliás, a jurisprudência brasileira é firme no sentido de que o plano de saúde que se recusa a atender paciente, a que esteja contratual ou legalmente obrigado, responde pelos danos morais que daí advierem (STJ, AgRg no REsp 1.256.195, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 05/09/2013). A função pedagógica ou punitiva da responsabilidade civil poderá se fazer presente, à luz das circunstâncias do caso.

Se a empresa de saúde recebe as contribuições do segurado, não pode, posteriormente, recusar tratamento, alegando que houve omissão de informação por parte do consumidor no cadastro inicial. Viola a boa-fé objetiva a conduta de quem usufrui de determinada irregularidade enquanto é por ela beneficiado, arguindo-a, porém, quando o benefício cessa (*venire contra factum proprium*). A seguradora não pode adotar uma postura passiva, de simplesmente aceitar as negativas do segurado quanto à existência de problemas de saúde, depois se valendo disso para negar-lhe

cobertura (STJ, REsp 1.230.233, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 11/05/2011). Em outras palavras, a seguradora não pode se eximir do dever de indenizar alegando que houve omissão de informações por parte do segurado, se ela não exigiu exames admissionais prévios. É dever, portanto, da empresa que explora planos de saúde, submeter seus associados a exames prévios. Sem isso, não poderá validamente se recusar a fornecer sua contraprestação, sob a alegação de que houve omissão nas informações. A empresa, em semelhantes hipóteses, assume o risco do negócio.

Outrossim, a suspensão do atendimento em virtude do simples atraso na prestação mensal (sobretudo se posteriormente feito o pagamento, com os acréscimos devidos) configura prática abusiva. Também é inválida a cláusula contratual que impõe o cumprimento de novo prazo de carência, equivalente ao período em que o consumidor restou inadimplente, para o restabelecimento do atendimento (STJ, REsp 285.618, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/02/09). Tampouco é possível, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, que a seguradora, de modo abrupto, pretenda modificar substancialmente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior. A boa-fé objetiva deve iluminar a relação negocial em toda sua trajetória, fomentando os deveres de cooperação e lealdade. Se o segurado reclama, em face da seguradora, o valor da indenização, o prazo prescricional é suspenso até que lhe seja dada ciência da decisão (STJ, Súmula 229: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”). A tendência atual da jurisprudência, em muitos casos, é aplicar não o CDC, mas o Código Civil, em diálogo das fontes, quando – sobretudo em matéria prescricional – isso pode favorecer o consumidor. Por exemplo, nos casos em que se pleiteia a revisão de cláusula abusiva em contrato de plano de saúde, o prazo prescricional é regido pelo Código Civil e é de dez anos (Código Civil, art. 205). (STJ, REsp 1.261.469, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., DJ 19/10/12).

VII. RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS POR ATOS DOS MÉDICOS: REGIME ESPECIAL.

Estudamos, anteriormente, ainda que com brevidade, algumas consequências hermenêuticas de se aplicar o CDC à relação entre médicos e pacientes (ou, mais amplamente, à relação entre pacientes e planos de saúde). Vejamos agora os modos pelos quais os hospitais podem ser civilmente responsabilizados.

Ninguém põe em dúvida que a relação médico-paciente, sob o prisma jurídico, é uma relação de consumo⁴². Estejamos diante da relação clássica entre médico privado e paciente, ou estejamos diante da relação entre empresa médica ou entidade hospitalar e paciente. Temos, em ambos os casos, relações de consumo, cuja diferença normativa é que o médico responde apenas culposamente, ao passo

⁴² Não falamos, aqui, dos danos sofridos em hospitais públicos ou postos de saúde. Não se aplica, nesses casos, o CDC, conforme já tivemos oportunidade de mencionar neste livro, e voltaremos a tratar adiante.

que os hospitais e planos de saúde respondem objetivamente. Vejamos a situação de modo um pouco mais analítico. Os danos que os pacientes podem sofrer em hospitais são divisíveis em dois grandes grupos: a) danos sofridos em decorrência de erro médico, ainda que omissivo; b) danos sofridos em decorrência da própria estrutura hospitalar. Os regimes de responsabilidade civil, nas duas hipóteses, são diferenciados.

No primeiro caso (item a), houve erro médico. O dano sofrido está ligado, em nexo causal, a uma conduta médica. Entendamos “conduta”, no caso, de modo amplo, de forma a abranger as hipóteses de omissão (o médico, por exemplo, deveria realizar um atendimento de urgência e não o fez). Quando o dano guardar relação com a conduta médica *stricto sensu* o hospital responde objetivamente, porém essa responsabilidade traz uma nota específica: ela depende da prova da culpa do médico⁴³. Não se pode esquecer que a responsabilidade civil dos médicos – seja à luz do CDC, seja à luz do Código Civil – é subjetiva. Ruy Rosado de Aguiar argumenta ser imprescindível “a prova da culpa do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produto por médico integrante de seus quadros”⁴⁴. Os hospitais, nessa linha, só podem ser chamados a responder de modo solidário, se *havia* dever de indenizar por parte do médico.

Nem se argumente que isso esvazia a utilidade da responsabilização do hospital. Os hospitais, em regra, dispõem de condições financeiras geralmente muito mais vastas para fazer frente ao dano, o que garante que a vítima, sob esse aspecto, será indenizada. O patrimônio do ofensor pode garantir isso. Nada impede, porém, em caso de erro médico dentro de hospital – se a conduta do médico que errou estiver claramente individualizada –, que se ingresse judicialmente apenas contra ele, provando-lhe a culpa. Trata-se de invocar a norma geral do art. 186 do Código Civil,

⁴³ Nesse sentido, “a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes”. A seguir continua o relator: “Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente” (STJ, REsp. 258.389, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJ 22/08/05). Em outra ocasião, decidiu-se que “A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa do médico integrante de seu corpo clínico no atendimento”. Continua o julgado: “A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)” (STJ, REsp 696.284, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T, DJ 18/12/09). É preciso, portanto, nessa trilha, que haja defeito no serviço prestado pelo hospital, para que ele responda pelo dano. Cite-se, por fim, que “o reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor”. (STJ, REsp 1.216.424, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T, DJ 19/08/2011).

⁴⁴ AGUIAR, R. R. de: “Responsabilidade civil”, cit., p. 41-42.

eventualmente dialogando com normas que cuidam de modo específico da questão.

Portanto, a responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, para que essa responsabilidade se imponha, que a culpa do médico esteja configurada⁴⁵. Quando falamos em culpa configurada abrangemos, também, por certo, a configuração que resulta da inversão do ônus da prova. Diga-se por fim que é irrelevante a natureza jurídica da situação do médico perante o hospital. À luz da teoria da aparência, se o médico atendeu o paciente e causou danos, o hospital responde, não podendo, obviamente, argumentar que o médico não recebia salário, ou não era empregado seu.

É importante observar que ainda que não incidisse o CDC, ainda assim a responsabilidade dos hospitais, pelos danos causados por médicos que nele trabalham, seria objetiva (desde que, repita-se, seja provada a culpa do profissional liberal). Dispõe o art. 932 do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. O art. 933 complementa: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Isto é: as entidades hospitalares, na condição de empregadoras, respondem, sem culpa, pelos atos dos seus médicos e demais empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Já a situação descrita no item *b* se põe de modo distinto. Aqui os danos guardam relação com própria estrutura hospitalar, não propriamente com atos dos médicos. Danos relacionados, por exemplo, a medicamentos estragados ou vencidos, equipamentos ausentes ou sem funcionar, más condições de higiene, entre outros. Por esses danos, inegavelmente, o hospital responde sem culpa (CDC, art. 14). O STJ já decidiu que a responsabilidade objetiva do art. 14 do CDC “prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamento, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa)” (STJ, REsp. 258.389, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4 T., DJ 22/08/05).

⁴⁵ No mesmo sentido do texto, confira-se: “Decompondo-se as relações contratuais estabelecidas entre paciente e médico, paciente e clínica, e médico e clínica, tem-se que o médico, pessoalmente, responderá por seus atos somente na ocorrência de culpa. Já a clínica celebra com o paciente um contrato de hospedagem peculiar, por cuja eficiência responde objetivamente, ao mesmo tempo em que poderá ser responsável solidariamente pelos danos causados no tratamento médico” (TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica”, cit., p. 98). Esse é um ponto interessante. Há danos pelos quais as estruturas privadas de saúde (hospitais e clínicas) respondem objetivamente: são os danos ligados, não a atos médicos propriamente ditos, mas a atos da estrutura organizacional (exames, materiais, limpeza etc.). Imaginemos que, durante uma cirurgia, falte energia e o gerador não funcione, ou mesmo que falte um equipamento de urgência que a clínica deveria ter. A responsabilidade, nesses casos, é indubitavelmente objetiva.

A troca, por exemplo, de prontuários, configura erro grave – do qual poderão resultar danos gravíssimos –, pelo qual responde objetivamente o hospital. Comprovada a troca, e o dano sofrido pelo paciente, o hospital responde civilmente, não sendo necessário, no caso, perscrutar *quem errou*. É certo, no caso, que o hospital errou. O mesmo se diga do laboratório que troca o resultado de exames, ou se os materiais coletados são, eles próprios, trocados. Se houver dano ligado à troca de resultados, a responsabilidade civil se impõe sem culpa⁴⁶. Os laboratórios, como fornecedores de serviços à luz do CDC, respondem objetivamente pelos danos relacionados, emnexo causal, à atividade que desempenham (CDC, art. 14).

Nesse contexto, nem sempre os danos sofridos em hospitais estão ligados à conduta médica *stricto sensu*. Podem estar ligadas à estrutura hospitalar em geral, ou mesmo a condutas de enfermeiros etc. Se, por exemplo, a enfermeira, ao aplicar injeção no nervo ciático do paciente, causa lesão, por ela responderá o hospital. Em Belo Horizonte, um garoto, após cair de bicicleta, foi levado a determinado hospital. Lá, ao se preparar para ser submetido a uma tomografia, ao invés de receber o anestésico que deveria tomar (por via oral), foi-lhe dado, por engano, um ácido. Houve queimaduras de terceiro grau na boca, garganta e esôfago. Também nesses casos o hospital responde sem culpa, embora a culpa seja evidente (negligência).

VIII. DANOS SOFRIDOS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU POSTOS DE SAÚDE.

Os danos sofridos em hospitais públicos ou postos de saúde estão sujeitos à incidência do CDC?

A resposta é negativa, à luz da jurisprudência atual. Cabe, porém, antes de explicar o entendimento dos tribunais, contextualizar o tema. Conforme já tivemos oportunidade de estudar, a responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º), desde 1946, e está fundada na teoria do risco administrativo. Comporta, portanto, as excludentes de responsabilidade civil. Abrange, em princípio, tanto os atos de império (julgar, por exemplo), como os atos de gestão (aluguel de imóvel particular). O Estado responde pelos atos de qualquer agente, desde o mais modesto até o presidente da República. Não é necessário que haja remuneração (mesário da justiça eleitoral que discute e agride eleitor pode fazer surgir a responsabilidade estatal). Nem é preciso, em todos os casos, que o agente público esteja em serviço (policial que fere ou mata com a arma da corporação, mesmo de folga). A responsabilidade pode surgir em qualquer dos níveis federativos (União, Estados,

⁴⁶ Em boa parte dos casos, nem precisaríamos invocar a responsabilidade objetiva, porque a culpa se põe clara. Por exemplo – conforme já exemplificamos – porta-se culposamente o hospital (ou o médico) que, embora consciente da necessidade de determinado instrumental para determinada cirurgia, não comunica a situação ao paciente, e deixa de utilizá-lo porque o plano de saúde não arca com os custos. A propósito, o Código de Ética Médica dispõe, no Capítulo I, item XVI: “Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente”.

Municípios e outros entes não políticos) e, em princípio, atos de quaisquer dos três poderes podem dar causa à indenização (leis inconstitucionais e erros judiciais – CF, art. 5º, LXXV –, por exemplo). A responsabilidade estatal tanto pode surgir de atos como de omissões – embora, em relação a essa última, alguns exijam a prova da culpa.

A Constituição Federal – no art. 196 e seguintes – estatui, como garantia fundamental, as ações e serviços públicos de saúde, que “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”. Esse sistema, baseado na participação da comunidade (CF, art. 196, III), é descentralizado e se destina ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. É financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Respondamos, porém, com clareza, à questão posta. Considerar a prestação de serviços públicos – quaisquer que sejam – relações de consumo estaria de acordo com os princípios, categorias e normas do CDC. A vítima dos danos seria consumidora por equiparação (CDC, art. 17). Postula, nesse sentido, Gustavo Tepedino: “Assim sendo, é de se aplicar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, a responsabilidade objetiva aos serviços médicos de saúde, cabendo o direito de regresso do Poder Público em face do autor do erro médico, quando for o caso, com base no dispositivo constitucional (art. 37, § 6º), que não diverge, neste aspecto, dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável à espécie”⁴⁷.

Embora esta seja uma posição respeitável e – digamos mais – absolutamente harmônica com o sistema de consumo, a jurisprudência optou por caminho distinto. Vem-se entendendo que as regras do CDC devem ser invocadas – tratando-se de serviços públicos – quando o serviço é remunerado por meio de tarifa ou preço público (que não são tributos). Por outro lado, não se considera caracterizada a relação de consumo quando a atividade é prestada diretamente pelo Estado e custeada por meio de receitas tributárias (STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10). No mesmo sentido, decidiu-se que o CDC se aplica na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de direito privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa (STJ, AgRg no Ag 1.398.696, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 10/11/11). Vale lembrar que tarifa ou preço público é a remuneração paga pelo usuário ao utilizar um serviço público específico e divisível, regido pelo regime contratual de direito público (um pedágio, por exemplo, operado por concessionárias, assumirá a forma de tarifa ou preço público). Tanto a tarifa como o preço público são fixados contratualmente e são voluntários. A taxa, ao contrário, é tributo, decorre de lei, sendo compulsória.

Para que haja serviço, nos termos do CDC, deve haver remuneração (CDC, art. 3º, § 2º). Não há remuneração direta no serviço de saúde prestado por hospital público,

⁴⁷ TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica”, cit., p. 107.

por isso, dizem, não se aplica o CDC (STJ, REsp 493.181, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T, DJ 01/02/06). Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifas, regidos, portanto, pelo CDC. Diferente é a remuneração do serviço público próprio, que é feita por taxa (STJ, REsp 840.864, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, DJ 30/04/07)⁴⁸. Assim, em caso de erro médico que causou a morte de paciente, em hospital público, decidiu-se que “quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes” (STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10). A prevalecer esta lógica jurisprudencial, teremos o seguinte: o CDC incide sobre serviços prestados no mercado de consumo. Em se tratando de serviços públicos, nem todos atraem a aplicação do CDC. Apenas serão objeto de relação de consumo aqueles prestados mediante contraprestação específica. O usuário, desse modo, precisa ser individualizado (*uti singuli*). Devem, ainda, ser remunerados contratualmente por tarifa ou preço público. Desse modo, os danos sofridos pelos cidadãos usuários de hospitais públicos ou postos de saúde estão fora da órbita das relações de consumo.

1. Serviços públicos sociais x serviços de relevância social.

Mesmo que os danos sofridos pelos cidadãos em hospitais públicos ou postos de saúde não estejam sob a órbita normativa do CDC, podemos, por certo, em princípio invocar a Constituição (art. 37, § 6º). Vale retomar o que já dissemos ao tratar da responsabilidade civil do Estado. Quando prestados pelo Estado, saúde e educação se caracterizam como serviços públicos sociais. Quando prestados por particulares, não são serviços públicos. São serviços de relevância social. Cabe observar que não há delegação estatal em relação a colégios ou faculdades. O exercício do serviço independe de concessão. Não há contrato administrativo. Há, é verdade, intensa regulação, pela relevância social da matéria. Mas não se trata de setor reservado ao Estado.

A solução, quando se tratar de serviços de saúde e educação prestados por empresas privadas, não poderá ser encontrada, portanto, na responsabilidade objetiva do Estado, prevista na Constituição. Isso, no entanto, não mudará muita coisa para a vítima⁴⁹. A responsabilidade seguirá sendo objetiva, à luz do Código de Defesa do

⁴⁸ É interessante esclarecer que tais julgados não decorrem da terceira ou quarta turmas do STJ, que habitualmente julgam questões de direito do consumidor, mas da primeira e segunda, que julgam, habitualmente, questões de direito público, sobretudo administrativo e tributário. O tema, porém, acaba sendo resolvido pelas turmas de direito público, mercê do envolvimento estatal.

⁴⁹ A única diferença, para parcela da doutrina e da jurisprudência, seria o fato do Estado responder sem culpa apenas nas ações, respondendo subjetivamente nas omissões. Abordamos o tema no capítulo relativo à responsabilidade civil do Estado. Não nos parece adequada essa diferenciação. Essa distinção, ademais, sequer surge nas discussões relativas à responsabilidade civil no CDC, e realmente não haveria sentido nela. Vamos além: sequer é adequada na responsabilidade civil do Estado, segundo cremos. Por ações ou omissões danosas o Estado deve responder objetivamente, presente o nexo causal.

Consumidor⁵⁰. Quaisquer danos causados por produtos (remédio estragado que causa morte) ou serviços (hospital sem instalações adequadas) gerará a responsabilidade objetiva do fornecedor. A mesma coisa sucede com a educação.

Relevante frisar que há dever de atendimento em casos de urgência, mesmo nos estabelecimentos privados. Há, portanto, no Brasil, dever do estabelecimento hospitalar em prestar atendimento médico em caso de urgência. Não se pode, absolutamente, condicionar o atendimento ao preenchimento de cadastros, ou a garantias financeiras (cheque-caução, nota-promissória, ou qualquer outra). O Código Penal, a propósito, sofreu alteração para tipificar como crime a conduta de exigir cheque-caução ou garantia, nestes termos: “Art.135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial” (Lei n. 12.653/2012). Os estabelecimentos de saúde deverão, inclusive, na forma do art. 2º, afixar, em local visível, cartaz ou equivalente, informando constituir crime a exigência de cheque-caução ou outra garantia. A jurisprudência, mesmo antes da tipificação penal da conduta, já trilhava idêntica orientação, no sentido de ser dever do estabelecimento hospitalar, sob pena de responsabilização civil, da sociedade empresária e dos seus prepostos, prestar o pronto atendimento médico-hospitalar⁵¹. Cabe sublinhar que em relação aos danos indenizáveis a responsabilidade civil do Estado persiste mesmo quando o atendimento se deu em hospital privado, mas conveniado ao SUS⁵².

IX. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: UM TEMA RECORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.

“Sempre nos julgamos pelos projetos. E julgamos os outros pelos resultados”.

MILLÔR FERNANDES

Doutrina e jurisprudência, ao cuidarem da responsabilidade civil dos médicos, inserem, invariavelmente, a discussão acerca da bipartição das obrigações – meio e resultado. Trata-se de dualismo tradicional da ciência jurídica, que diferencia a natureza de certas responsabilidades: estaria o devedor obrigado a atingir determinado fim, ou apenas a exercer, com a cautela profissional ordinária, a sua atividade? Teríamos, no primeiro caso, uma obrigação de resultado (contrato de empreitada, por exemplo). Teríamos, no segundo, uma obrigação de meio (advogados, entre cujos deveres, de ordinário, não se inclui *vencer* as causas que patrocinam).

⁵⁰ No capítulo relativo à responsabilidade civil nas relações de consumo abordamos a questão da aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos.

⁵¹ STJ, REsp 1.256.703, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 06/09/2011. No mesmo sentido, mais recentemente: STJ, REsp 1.324.712, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 13/11/2013.

⁵² STJ, AgRg no AREsp 183.305, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 30/09/2013.

1. Obrigações de meio.

Os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nestas obrigações não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura, por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, à luz dos dados atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas. A jurisprudência brasileira parece firme no sentido de considerar a obrigação do médico como obrigação de meio⁵³. Essa, portanto, é a regra geral, e as exceções precisam ser substancialmente fundamentadas – seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Aliás, os estudos atuais de hermenêutica têm apontado que quanto mais aberta e dúctil for a norma, maiores são os ônus argumentativos do intérprete. Para a imposição de responsabilidades mais gravosas à minguada de lei, mesmo no direito privado, é preciso que o órgão julgador se desincumba do dever de evidenciar o percurso argumentativo que lastreou suas conclusões. Isso nem sempre acontece na discussão relativa à responsabilidade civil médica. Repetem-se conclusões alheias sem indagar da respectiva adequação⁵⁴.

A polêmica, na verdade, não consiste na categorização da atividade médica como obrigação de meio – regra geral. A polêmica teórica consiste nas exceções, que adiante veremos. Fiquemos, por enquanto, com a confortadora companhia da regra geral, não das exceções. As cirurgias reparadoras – tal como os atos médicos em geral – são consideradas obrigações de meio. A relevância das cirurgias reparadoras é imensa. Os benefícios são não apenas físicos, mas também – e sobretudo – psicológicos. Em 2013, no Brasil, para cada 10 cirurgias plásticas realizadas, 3 foram reparadoras. Em casos de mulheres agredidas brutal e covardemente por maridos ou companheiros, e que ficam com sequelas terríveis (facadas, espancamentos ou queimaduras), a cirurgia pode ser um coadjuvante de relevo na difícil caminhada da recuperação. Em casos de mulheres de enfrentam câncer de mama, é possível, caso a mulher deseje, após a mastectomia, que haja a reconstrução das mamas. A partir de 2013, o SUS realiza o procedimento – embora, às vezes, com a lentidão que conhecemos bem. A cirurgia deve ser feita nas duas mamas, de modo simétrico, reconstruindo mamilos e aréolas. Sempre que possível, a reconstrução das mamas, através da colocação de próteses, deve ser feita logo após a retirada do tumor. Retomando o que já dissemos, nas cirurgias plásticas reparadoras a obrigação é considerada de meio, não de resultado⁵⁵.

⁵³ Nesse sentido, apenas para exemplificar: “A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes” (STJ, REsp 1.097.955, Rel. Min. Nancy Andrigli, 3ª T., DJ 03/10/2011).

⁵⁴ Talvez caiba, a propósito, invocar a frase lúcida de Mário de Andrade: “O vício da gente esquecer das suas próprias faculdades de pensar é bastante comum. Mesmo entre os que pensam. Alguém faz uma afirmativa crítica e nós deitamos nessa jangadinha e vamos de rodada mansamente rio abaixo, sem interrogarmos mais se as cabeceiras do rio são puras nem se a jangada é legítima”.

⁵⁵ No dia 17 de dezembro de 1961, Niterói, então capital do Estado do Rio, presenciou o pior incêndio da história do Brasil – superando o do edifício Joelma, em São Paulo, e o da Boate Kiss, décadas depois. O número oficial de mortos foi 503, mas estima-se que houve mais mortes. Foi a maior tragédia circense da história. Mobilizou países em todo o mundo. O principal hospital da região encontrava-se fechado. O tenebroso episódio contribuiu para desenvolver a cirurgia plástica no Brasil, e ajudou a projetar o nome de Ivo Pitanguy. Há, sobre o episódio, interessante livro que

2. Obrigações de resultado.

O mais conhecido exemplo de obrigação de resultado, na responsabilidade civil médica, diz respeito às cirurgias plásticas com fins estéticos⁵⁶. Falemos, portanto, neste tópico, sobre ela. As cirurgias plásticas com fins estéticos crescem de modo avassalador em nosso país. O Brasil já é o primeiro país no mundo em número de realizações de cirurgias plásticas. A expectativa da sociedade brasileira de cirurgia plástica é que esse número ainda cresça cerca de 15% ao ano. Os adolescentes recorrem cada vez mais às cirurgias plásticas, às vezes de modo imprudente e excessivo. Cabe aos pais – e aos cirurgiões – estabelecer limites, e só permitir as intervenções em hipóteses realmente razoáveis. Sendo, no passado, um campo em que os pacientes eram quase exclusivamente mulheres, hoje a situação começa a assumir outros contornos. Surgem, também em relação aos homens, novos hábitos. Os cirurgiões plásticos estimam que, há poucos anos, a proporção de realização de cirurgias plásticas estéticas era de 1 homem para cada 20 mulheres. Essa proporção, atualmente, caiu para 1 homem para cada 4 mulheres. As cirurgias mais feitas pelos homens são a lipoaspiração e a rinoplastia (cirurgia no nariz).

Aguiar Dias, escrevendo (em 1954) sobre a cirurgia estética, percebe que “esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até hoje inexecutáveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica”⁵⁷. É preciso que sejamos severos com os equívocos, mas não com o procedimento em si. Não convém, por certo, oferecer lipoaspiração como se tratasse de um corte de cabelo, em clínicas desprovidas dos requisitos mínimos de segurança. Quem oferece procedimentos cirúrgicos sem dispor, por exemplo, de aparelhos de reanimação, responde pelos danos relacionados a essa ausência. Trata-se de risco que não pode validamente ser transferido ao paciente. O risco é do médico e da instituição de saúde, e eventuais consentimentos do paciente são juridicamente inexistentes.

narra em detalhes a vida de muitos dos personagens da tragédia: “No Antonio Pedro, recém-saída do incêndio, sem saber o destino dos três, Lenir lembrava-se com triste ironia da conversa com o marido. Nos primeiros dias de internação, ela estava irreconhecível. A cabeça ficara colada no ombro direito, perdera a orelha direita, e o rosto inchado exibia uma marca de sapato de quando caiu e foi pisada. Estava semiacordada quando escutou uma voz familiar dizer com segurança: “Não é essa não”. “Mas está aqui na prancheta: Lenir Ferreira de Queiroz Siqueira”, afirmou a enfermeira. “Mas não é a minha filha”, insistiu a mulher. “Mamãe”, murmurou Lenir. Ao reconhecer a voz da filha, Maria Benigna se espantou: “Nossa senhora! É ela mesma”. Lenir sentia-se monstruosa. Sua mãe aproximou-se e acariciou-a. O gesto protetor fez com que finalmente relaxasse” (VENTURA, M.: *O espetáculo mais triste da Terra – o incêndio do Gran Circo norte-americano*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p. 160).

⁵⁶ Nessa perspectiva, “de acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido” (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 328.110, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 25/09/2013). Conferir, a propósito, AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 274.

⁵⁷ *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 294.

A) Outras exceções construídas doutrinária e jurisprudencialmente.

A obrigação dos médicos é enxergada como uma obrigação de meio. Isto é, não se promete o resultado, a cura. A prova da culpa dos médicos, portanto, deverá ser comprovada. Há, porém, em certas áreas, outro enfoque. Entende-se, nelas, que a obrigação é de resultado, como por exemplo as cirurgias estéticas, os tratamentos odontológicos, os exames radiológicos e as transfusões de sangue⁵⁸. Nesse contexto, dentista que realiza tratamento ortodôntico malsucedido responde, segundo a jurisprudência, pelo resultado não alcançado. Desse modo, se o paciente contrata os serviços do dentista para corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária (e um problema de mordida cruzada) e o profissional, além de não cumprir o combinado, ainda extrai dois dentes sadios, responde civilmente pelos danos⁵⁹. O ortodontista tem a obrigação de alcançar o resultado estético e funcional acordado com o paciente, a teor da jurisprudência atual. Poderá, sempre, no entanto, provar o dentista que o insucesso se deveu à culpa exclusiva do paciente. Essa prova, se realizada, rompe o nexo causal.

Prevalece, portanto, em relação aos dentistas, a percepção de que estamos diante de uma obrigação de resultado⁶⁰. Tal como ocorre com o médico, ao dentista se exigem deveres de informação particularmente severos, eis que lida com a saúde humana. Se deixa de informar ou informa mal, e daí decorrem danos ao paciente, haverá o dever de indenizar. Poderá, também aqui, ocorrer a inversão do ônus da prova, sendo certo que o paciente, frente ao dentista, encontra-se normalmente em posição vulnerável, em hipossuficiência técnica. O paciente, em regra, não domina os meandros técnicos da área de saúde, não pode saber o que realmente foi feito, qual o material utilizado, nem mesmo qual, dentre os procedimentos possíveis, é o mais seguro, o menos invasivo.

Também em relação aos laboratórios e os resultados dos exames, tem-se tais obrigações como sendo de resultado. Quem, por exemplo, ao fazer biópsia, recebe falso diagnóstico negativo de câncer, poderá ser indenizado. O STJ já se manifestou no sentido de que “configura obrigação de resultado, a implicar responsabilidade objetiva, o diagnóstico fornecido por exame médico. Precedentes” (STJ, AgRg no REsp 1.117.146, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., DJ 22/10/2013). Houve, no caso, a emissão de resultado negativo de câncer, quando, na verdade, o diagnóstico era positivo. O erro retardou de tal forma o tratamento que culminou, quando

⁵⁸ TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica”, cit., p. 88.

⁵⁹ Foi o que entendeu o STJ ao julgar o REsp 1.238.746, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 04/11/2011. Consignou-se, na ocasião, que “nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade”.

⁶⁰ Conforme já aludimos, há algo de arbitrário em definir, ao gosto de cada autor, que determinada obrigação médica é de meio ou de resultado. Maria Helena Diniz menciona, por exemplo, que a obrigação do dentista é de resultado, porém pondera: “Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no trato do cliente” DINIZ, M. H.: *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 327.

finalmente descoberto, em intervenção cirúrgica drástica provocando defeito na face, com queda dos dentes e distúrbios na fala. O paciente, ademais, faleceu pouco depois.

Há, porém, que se analisar as circunstâncias. Em determinado caso, houve resultado equivocado do exame de ultrassonografia com Translucência Nucal, que indicou ser o feto portador de “Síndrome de Down”. Contudo, a mãe, no dia seguinte ao recebimento do resultado equivocado, submeteu-se, novamente, ao mesmo exame, cujo diagnóstico mostrou-se diverso, isto é, descartou a patologia. Pretendia-se, no caso, que o dano se estendesse ao nascituro, o que nos parece excessivo e equivocado. Ainda que, em tese, o nascituro possa receber compensação moral, conforme já decidiu o STJ (Ag 1.268.980, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 02/03/2010). Frise-se que houve, no caso, indenização aos pais, excluída a indenização ao nascituro.

Os hospitais devem assegurar a incolumidade física do paciente, enquanto lá estejam. Doutrina e jurisprudência frisam que a responsabilidade hospitalar, diferentemente da médica, traduz obrigação de resultado. Nem precisamos, no entanto, da categoria conceitual da obrigação de resultado, em relação aos hospitais. Muito mais simples e tecnicamente escorreito é explicar que os hospitais são fornecedores de serviços à luz do CDC (art. 14). Como tais, respondem objetivamente pelos danos relacionados à atividade que desempenham, desde que presente o nexo causal (CDC, art. 14).

Conforme veremos adiante, a consequência de se considerar certas obrigações (ortodontista, por exemplo) como sendo obrigação de resultado é esta: haverá presunção de culpa relativamente ao ortodontista, diante do resultado não alcançado. O ônus da prova é invertido. Ele poderá, no entanto, provar que o dano não resultou de ação ou omissão culposa, mas de situação que lhe escapava do controle técnico. O mesmo ocorre em relação aos – cada vez mais comuns e mais avançados – procedimentos estéticos realizados em consultórios de dermatologia.

B) Procedimentos de natureza mista.

E nas situações em que a cirurgia apresenta natureza mista? Em outras palavras, naquelas situações em que a cirurgia é, ao mesmo tempo, estética e reparadora? A jurisprudência, nessa hipótese, entende que “a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora”⁶¹. Temos dúvida se, de fato, essa é a melhor orientação. É difícil (impossível em certos casos) separar “partes” da cirurgia, para dizer que até determinado ponto foi reparadora, a partir de outro ponto foi estética. As funções dialogam entre si, são indissociáveis em certa medida. Não se pode esquecer que toda cirurgia reparadora tem, inegavelmente, um componente estético, e o cirurgião (responsável) leva em

⁶¹ STJ, REsp 1.097.955, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 03/10/2011.

consideração esse fator.

Mas é preciso anotar que a jurisprudência tem entendido que a cirurgia plástica ao mesmo tempo reparadora e estética tem natureza obrigacional mista, sendo obrigação de meio e obrigação de resultado. Assim, “nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora”⁶².

3. A caminho da superação da dicotomia: novos critérios hermenêuticos?

Cabe, atualmente, questionar a serventia teórica da inclusão das cirurgias estéticas entre as obrigações de resultado, de modo absoluto. Não só, aliás, as cirurgias estéticas, mas a inclusão de qualquer procedimento entre as obrigações de meio ou entre as obrigações de resultado não deixa de ter certo sabor arbitrário. Por que – objetiva e normativamente falando – certos procedimentos são de resultado e outros não? Há, de fato, de modo aferível, notas que ontologicamente distinguem uns dos outros? É isso que precisa ser discutido, e as respostas, sabemos, não são simples.

O médico não tem controle absoluto sobre os resultados, mesmo que tenha agido com toda diligência possível. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que seja, apresenta riscos. Pode resultar em resultados não esperados, ainda que não tenha havido erro. A afirmação de que determinado procedimento – cirurgia plástica com fins estéticos, por exemplo – é obrigação de resultado não parece encontrar amparo na medicina. Na doutrina, certos autores têm percebido argutamente o problema (e suas origens): “Em primeiro lugar, é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas. Deve-se o distanciamento a resquícios do preconceito que cercou, no início, a cirurgia plástica de objetivos meramente estéticos. A doutrina noticia célebre julgado da primeira metade do século passado, em França, em que o cirurgião plástico foi condenado, por erro médico, a indenizar a paciente. O interesse no caso não reside tanto na decisão condenatória – afinal, os relatos indicam ter mesmo ocorrido uma deplorável imperícia do profissional. O interesse está, como aponta Aguiar Dias, na condenação do próprio procedimento: considerou-se que a responsabilidade do médico decorria de ter concordado em fazer operação plástica em pessoa completamente sã, apenas com o objetivo de aprimoramento estético. A jovem paciente era bonita e esbelta, mas tinha as pernas desproporcionalmente grandes. O objetivo da intervenção foi reduzi-las por ablação de gordura (o que foi motivo de verdadeiro escândalo naquela época é hoje largamente aceito e praticado em inúmeras clínicas de lipoaspiração de todo o mundo). Em outros termos, assentou-se que, se o único objetivo da operação cirúrgica é aformoseamento estético de

⁶² STJ, REsp 1.097.955, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 03/10/2011. No mesmo sentido, posteriormente, ver STJ, REsp 819.008, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., DJ 29/12/2012.

pessoa saudável, realizá-la já é, por si, conduta culposa”⁶³.

A questão é essa: será que não estamos, um tanto acriticamente, reproduzindo padrões mentais que não são mais os nossos? Será que no século XXI a cirurgia plástica com fins estéticos é algo moralmente condenável? Será que a medicina consegue, com a clareza desejável, separar nitidamente as cirurgias exclusivamente reparadoras daqueles exclusivamente estéticas? E, mais complicado ainda, nos chamados procedimentos mistos, é possível fazer a separação de *partes* da cirurgia, para dizer que até aqui é reparadora, a partir dali é estética?

A tendência, pensamos, é superar as dicotomias inflexíveis e absolutas, regando, com a semente da boa-fé objetiva, as relações, quaisquer que sejam. Gustavo Tepedino, nesse sentido, argumenta: “Tal entendimento, a rigor, reflete a tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedores nos deveres de cumprir (e de facilitar o cumprimento) das obrigações. Se assim é, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade “tout court”, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor”⁶⁴.

Creemos que, teoricamente falando, o melhor caminho – na responsabilidade civil médica – é a superação do dualismo que biparte as obrigações em meio e resultado. Ainda que o norte teórico aponte (ou, melhor dizendo, nos pareça apontar) no sentido da superação do dualismo, cremos que isso dificilmente ocorrerá. Continuaremos, qualquer que seja nossa posição teórica, a vislumbrar a bipartição, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Bem por isso, propomos a inversão da prova como solução hermenêutica para suavizar – e tentar otimizar soluções judiciais razoáveis e fundamentadas – os desníveis conceituais entre as obrigações de meio e de resultado.

A solução hermenêutica para cirurgias plásticas estéticas e outros procedimentos tidos como de resultado seria esta: inversão do ônus da prova. O STJ, em outubro de 2013, analisou caso de paciente que se submeteu à cirurgia de rinoplastia, para melhorar a aparência do nariz, e a operação não foi bem sucedida. O médico aceitou fazer nova cirurgia, às suas expensas. Essa segunda cirurgia, contudo, teria piorado ainda mais o problema. O paciente se submeteu a uma terceira cirurgia, desta vez com outro médico, e nessa obteve um resultado satisfatório. A jurisprudência, nesse caso, assentou que o ônus da prova deve ser invertido, tratando-se de obrigação de

⁶³ COELHO, F. U.: *Direito Civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 323.

⁶⁴ TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica”, cit., p. 89.

resultado (cirurgia plástica com fins estéticos). Observe-se que as repercussões práticas são consideráveis. No caso mencionado, o paciente perdeu judicialmente tanto em primeiro como em segundo grau. O acórdão de apelação confirmou a sentença consignou: “Na ausência de provas, afasta-se qualquer hipótese do apelado ter sido negligente, imprudente ou imperito. Os elementos dos autos são claros e objetivos, quando afirmam que o apelado bem realizou os procedimentos necessários quando da cirurgia, sendo que não há prova de que tenha realizado o procedimento de maneira incorreta, ainda que tenha havido a necessidade de mais do que um procedimento para que o autor viesse a ter o resultado que esperava para o seu problema”. O STJ, porém, deu provimento ao recurso especial interposto, e observou que embora o acórdão *a quo* tenha reconhecido que a obrigação, nos procedimentos estéticos, é de resultado, “não aplicou a regra de inversão do ônus da prova prevista na legislação consumerista, mas sim a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil (CPC)”. Cabe, segundo o STJ, ao médico provar que não foi responsável pelos danos alegados (STJ, REsp 1.395.254, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 10/2013). A diferença, na prática jurisprudencial brasileira, tem sido esta: há presunção de culpa do cirurgião plástico, no caso de danos em cirurgia estética, cabendo a ele, médico, evidenciar que o dano não resultou de ação ou omissão culposa, mas de situação que lhe escapava do controle técnico.

Aliás, em nosso sentir, a inversão do ônus da prova, na responsabilidade civil médica, deveria ser a regra, não a exceção. Não apenas para os cirurgiões plásticos nas cirurgias estéticas, mas em todos os casos. Não se trata, em absoluto, de responsabilizar mais gravosamente os médicos. Trata-se apenas de reconhecer que há, no caso, hipossuficiência técnica do paciente em relação ao médico (a menos que o paciente seja, também, médico, o que apenas se dá num número reduzido de casos). O paciente não conhece as possibilidades e os riscos dos remédios ou tratamentos, não pode, em absoluto, discutir em igualdade de condições com o médico. E sobretudo: dificilmente poderá provar que o dano que sofreu decorreu de uma atuação pouco zelosa do médico. Essa prova apenas ocorre em danos evidentes, como, por exemplo, no caso do médico que esquece gaze no abdômen do paciente. Mas, em regra, ainda que o médico tenha agido mal, e ainda que haja nexos causal entre essa conduta negligente ou imperita e o dano, trata-se de prova difícil e complexa. Bem por isso, a inversão do ônus da prova deve ser a rotina judicial em situações semelhantes.

Não se exigirá prova excepcional do profissional de saúde. Ele não precisará provar, por exemplo, que o organismo do paciente possui peculiaridades tais que causaram o dano. Ele terá, no entanto, o ônus de trazer à discussão todos os detalhes que evidenciem que seu agir, no caso, foi correto, zeloso, dentro do padrão esperado à luz da boa-fé objetiva e da ciência médica atual. Não se trata, convenhamos, de prova difícil, mas sim algo rotineira, algo que contribuirá, inclusive, supomos, para melhorar as rotinas, cautelas e práticas em área tão delicada para todos nós.

X. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA.

Sabemos que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (Código Civil, art. 421). Bem distante estamos do tempo em que a autonomia da vontade, em relação aos contratos, era absoluta, com religiosa reverência ao *pacta sunt servanda*. Se há, hoje, um contrato que deve ser intensamente lido à luz de sua função social é aquele relativo à prestação de serviços de saúde⁶⁵.

Não é qualquer bem que está em jogo. É a saúde humana. Não há possibilidade de realizarmos nossos projetos de vida sem saúde. É uma espécie de primeiro degrau da escada. Costumamos dizer – e há muita verdade nisso – que a saúde é um dom tão precioso que só a valorizamos adequadamente quando por uma razão qualquer a perdemos. Não é possível, à luz dos princípios e normas vinculantes que nos regem, que vejamos a prestação de serviços de saúde – públicos ou privados, não importa – sob uma ótica puramente patrimonialista. Não é de patrimônio que se trata, ainda que, obviamente, o aspecto patrimonial seja relevante, seja para propiciar, através de escolhas e políticas públicas, para onde vão os recursos públicos escassos, seja para propiciar o lucro legítimo para quem oferece o serviço no mercado de consumo. Não se desconhece essas realidades. Apenas se traz para o debate uma constatação um tanto quanto óbvia: a função social desses contratos, extraordinariamente intensa, devem iluminar fortemente sua interpretação. Há, neles, um núcleo extrapatrimonial irreduzível⁶⁶.

Os deveres de informar com lealdade e transparência se fortalecem. Não cabe mais, como no passado, manter o paciente em estado de ignorância acerca do estado de sua saúde, suas escolhas e possibilidades. Apenas em casos excepcionais, devidamente contextualizados, isso poderá ocorrer. As unidades de terapia intensiva começam a ser pensadas – mas muito falta a caminhar ainda –, não como depósitos de seres informes e impessoais, mas como um lugar onde a intensidade dos cuidados não pode prescindir de certa delicadeza, de certa humanidade.

O paciente, desse modo, tem direito ao diagnóstico correto e claro, bem como de ser informado acerca dos riscos e objetivos do tratamento. Deve, portanto, estar a par não só do diagnóstico, mas também do prognóstico. Há casos, porém, em que isso não é possível (coma, dor intensa, atendimento de urgência etc.). São (e devem ser) a exceção, não a regra. Não cabe, por exemplo, no meio de uma cirurgia, diante de situação imprevista, decidir no lugar do paciente, se a decisão drástica não é urgente e o paciente pode decidir posteriormente.

⁶⁵ Aliás, atualmente – fato corroborado por análises da Agência Nacional de Saúde – é voz corrente que os serviços prestados pelos planos de saúde pioraram de modo visível. Diz-se, não sem exagero, que eventualmente, em certos locais, consegue-se um atendimento melhor e mais rápido no SUS, em comparação com os planos privados. O SUS, diga-se, com o perdão da obviedade, nunca foi um modelo de excelência.

⁶⁶ Podemos, inclusive, classificar os ilícitos civis, na experiência jurídica brasileira, em *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*, conforme a preponderância do bem jurídico atingido pela violação. Abordaremos a questão no próximo tópico.

É certo que o médico é um profissional que domina – espera-se – o estágio atual da medicina, as publicações relacionadas à sua área, as técnicas recentes e seguras, os medicamentos mais eficientes e apropriados. Ele sempre terá – e isso é uma das belezas da medicina – um campo para se movimentar à luz do seu talento e das suas intuições profissionais. Por outro lado, o médico negligente, desatualizado, imperito, responderá civilmente, sempre que o dano estiver vinculado a essa atuação. O médico pode ser responsabilizado, não só administrativa, mas civilmente, se faltar com o dever de sigilo, e com isso causar dano a paciente.

Não cabe analisar os serviços médicos – sejam prestados individualmente ou através de sociedades empresárias – sob o prisma puramente econômico. O Código de Ética Médica parece perceber essa realidade, pois estatui, já no Capítulo I, item IX, que a “medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Há, nesse sentido, inegavelmente, uma boa-fé qualificada, que deve levar em consideração os bens jurídicos em perigo. “Tudo isso mostra – pondera Aguiar Dias – que o contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços”⁶⁷. É necessário que médicos e pacientes ajam – cada um, naturalmente, com suas responsabilidades próprias – de modo prudente e com boa-fé. Cada setor da medicina tem suas especificidades. O que se espera, de modo mais amplo, dos médicos – antes, durante e depois das cirurgias, consultas ou tratamentos – é que ajam banhados pela boa-fé objetiva, pelo dever de cuidado e cooperação. Espera-se informação clara, adequada e suficiente. Espera-se certo respeito humano pelo paciente. Espera-se sobretudo perícia técnica em relação à ação realizada. Deve-se, no processo que tem por objeto a responsabilidade civil do médico, tentar investigar, retrospectivamente, se houve ou não a atuação diligente que deveria ter havido.

XI. UMA CONSIDERAÇÃO DIFERENCIADA EM RELAÇÃO AOS BENS JURÍDICOS NÃO PATRIMONIAIS.

A indenização nem sempre (melhor diríamos: quase nunca) é a tutela “ótima” para ilícitos extrapatrimoniais. Não é a forma “ótima” de resguardo dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, em todos seus espectros, inclusive aqueles relacionados à saúde humana. A propósito, diga-se, com o perdão da obviedade, que os valores não patrimoniais são melhor resguardados por uma tutela que otimize a preservação dos bens em si mesmos, sempre que isso for possível. A tradução pecuniária da violação deve ser subsidiária. A tutela preventiva é a única forjada com instrumentos técnicos que podem proteger os valores não patrimoniais, atingidos por ilícitos civis. Isso, repita-se, raciocinando-se com modelos em tese eficientes, desprezando-se, como subsidiária, a tutela puramente patrimonial, sendo a conversão em perdas e danos e último caminho a ser seguido.

Um exemplo simples: digamos que uma mãe tem seu filho recém-nascido internado em hospital público no qual, nas últimas semanas, ocorreram várias mortes por

⁶⁷ AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 273.

infecção hospitalar (como se deu, recentemente, no Nordeste). Qual a tutela “ótima” para essa mãe? Uma tutela preventiva (não nos interessa a feição processual que a medida assuma) para transferir seu filho para outro hospital, público ou privado, que esteja livre da infecção? Ou uma tutela repressiva, uma indenização por danos morais contra o Estado, após a morte do filho? Nem temos coragem de responder, tão óbvia é a resposta.

A bipartição tradicional – que categoriza os ilícitos em absolutos e relativos, conforme o sujeito passivo, se determinado ou não – é neutra em relação aos valores. Incapaz, portanto, sob o prisma teórico, de oferecer uma consideração diferenciada para os bens jurídicos não patrimoniais.

Esclareçamos um pouco mais a questão. A doutrina clássica, apropriadamente ou não, separou os direitos em dois grandes grupos: a) “absolutos” b) “relativos”. Digase, em linha de princípio, que os vocábulos “absoluto” e “relativo” não significam, respectivamente, direitos socialmente incondicionados e direitos socialmente condicionados. Sem fugir do óbvio, sublinhemos que não existem, na sociedade contemporânea, direitos socialmente incondicionados.

A distinção diz respeito aos limites subjetivos de eficácia: é “relativa” aquela entre sujeitos identificados ou identificáveis, como na relação jurídica de crédito entre duas pessoas, e “absoluta” aquela em que não há um sujeito passivo identificado, como nos direitos da personalidade e propriedade, nos quais o sujeito passivo é o *alter*. Destarte, a distinção entre ilícito relativo e ilícito absoluto diz respeito aos “limites subjetivos de eficácia”. Por seu intermédio, investiga-se se as relações se formam entre sujeitos determinados ou determináveis, ou se um dos polos é conceitualmente indeterminado⁶⁸.

Assim, o ilícito pode ser absoluto ou relativo, a depender da relação jurídica violada. É uma classificação, nesse particular, bímembre, porquanto “não existe nenhum direito que não seja absoluto ou relativo. Não há terceira classe de direitos”⁶⁹. Trata-se, como acima frisado, de divisão clássica, cuja pertinência histórica e conceitual pode ser arguida, mas que tem persistido de muitos modos. A grande crítica que se lhe pode ser feita é a neutralidade em relação aos bens jurídicos. A bipartição dos direitos em absolutos e relativos não traduz a real relevância social que eles eventualmente tenham, fundamentando-se apenas em argumento técnico, pandectístico: os limites subjetivos de eficácia das relações jurídicas.

Assim, direitos enormemente diversos, sob a perspectiva axiológica, como o direito da personalidade e o direito da propriedade, caem na mesma vala comum, desprezando valores éticos em homenagem a sutilezas teóricas. Parece inegável, porém, nos dias que correm, que os bens jurídicos não patrimoniais exigem uma tutela qualitativamente diversa. Poderíamos, atualmente, nesse contexto, dar um

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, cit., pp. 31-33 e 59-61.

⁶⁹ CONTINENTINO, M.: *Direitos Reaes-Direitos Pessoaes. Direitos Absolutos-Direitos Relativos*, Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1935, p. 88.

passo adiante em relação à classificação tradicional dos ilícitos em absolutos e relativos e – sem esquecer o dualismo clássico – enxergar os ilícitos civis *também* à luz das lentes atuais da repersonalização e da despatrimonialização. Nesse sentido, talvez nos ajude, hermeneuticamente, enxergar os ilícitos civis a partir de duas categorias contemporâneas: a) ilícitos patrimoniais; b) ilícitos extrapatrimoniais.

Se a distinção entre ilícitos absolutos e relativos é neutra em relação aos valores, aqui ocorre o inverso. As categorias se opõem em função dos valores que os bens jurídicos traduzem. O tratamento conferido aos direitos patrimoniais, sejam reais ou obrigacionais, pode ser, em grandes linhas, semelhante. Porém os não patrimoniais exigem uma tutela qualitativamente.

Naturalmente, é um dualismo que só pode ser aceito em termos de preponderância. Será o caráter precípua da lesão, se ao patrimônio ou à pessoa, que conferirá o *locus* na classificação. A rigor, e como intuitivamente se percebe, não existe agressão ao patrimônio que não atinja, reflexa e indiretamente, à pessoa. As agressões à pessoa, por seu turno, são quase sempre traduzíveis em padrões monetários, embora essa operação não seja, à luz dos dias atuais, a mais indicada, pelo menos em linha de princípio.

Feitas essas ressalvas, e armando o espírito contra as cautelas epistemológicas excessivamente matematizantes, é possível e necessário operar com as categorias conceituais dos ilícitos “patrimoniais e extrapatrimoniais”. A diferenciação é, sob certo sentido, ética, e não poderia deixar de ser. A carga valorativa que o conceito de pessoa atualmente carrega é tão forte que impõe considerações próprias.

O denso conteúdo axiológico dos direitos não patrimoniais exige formas de proteção específicas. As chamadas tutelas diferenciadas são construídas exatamente para evitar o hiato entre a realidade normativa e a realidade social. Não se pode pretender proteger, igualmente, a propriedade e a pessoa. O direito contemporâneo repudia semelhante neutralidade. Sendo distintos os bens jurídicos, são naturalmente depositários de valores éticos variáveis. Por conseguinte, a proteção que o direito oferece não pode ser a mesma⁷⁰.

Para enxergar se a violação foi patrimonial ou extrapatrimonial não nos importa a origem, se contratual ou não, da relação jurídica, mas o caráter precípua da agressão: se patrimonial ou pessoal. Superadas eventuais reservas, ou pelo menos as mais visíveis, cumpre inserir a proposição no sistema, sublinhando as razões jurídicas que

⁷⁰ Na esteira do afirmado, o nosso direito de família, a partir do Código Civil, passou a adotar, seguindo sugestão de Clóvis do Couto e Silva, as duas grandes linhas aqui mencionadas: uma de claro caráter pessoal; outra de caráter patrimonial preponderante (Livro IV – DO DIREITO DE FAMÍLIA, divide-se em Título I – Do Direito Pessoal, e Título II, Do Direito Patrimonial). Portanto, a divisão que mais fielmente traduz a nova sistemática das relações jurídicas civis é a que opõe os ilícitos patrimoniais àqueles extrapatrimoniais. Desde que adequadamente se compreenda que não se trata de uma divisão esquemática e formal, mas substancial e historicamente contextualizada, teremos uma ferramenta certamente útil para a percepção das notáveis mudanças que estão ocorrendo no direito civil de hoje.

conduzem à sua adoção. É importante, em princípio, ponderar que não se trata de um dualismo absoluto, no sentido de que um não pode ter resquícios ou elementos do outro. Aliás, bem difícil, nos dias complexos em que vivemos, definir, sob a perspectiva cultural, algo em termos absolutos. Não se trata, portanto, frise-se, de uma classificação asséptica e estanque. São categorias históricas e abertas, problematizadas, cuja compreensão não pode prescindir de uma permanente contextualização.

Ademais, e como de resto implícito na proposição, tais categorias oportunizam uma saudável permeabilidade do sistema jurídico com os demais sistemas sociais, ausente na perspectiva tradicional. Nos séculos passados – marcados por severo individualismo e refratários a construção de um conteúdo axiológico em torno do conceito de “pessoa”⁷¹ – seria impertinente propor a categorização dos ilícitos civis extrapatrimoniais. Atualmente, no entanto, está ocorrendo admirável inversão de perspectivas. Sob o ângulo histórico-filosófico, passou-se do indivíduo à pessoa. O individualismo excessivo, timbrado por uma neutralidade apriorística em relação aos bens jurídicos, foi – e está sendo – crescentemente contraditado por valores que traduzem uma mais viva solidariedade social.

Tal divisão, ademais, vai ao encontro da melhor tradição jurídica brasileira, iniciada com Teixeira de Freitas. O jurista, de forma bastante avançada para sua época, propôs uma consideração diferenciada dos direitos pessoais, se perspectivados nas relações de família ou nas demais relações civis⁷². Embora a linguagem de Teixeira de Freitas esteja, obviamente, com as marcas do tempo, sua concepção é essencialmente inovadora, ao estabelecer uma brecha conceitual na lógica patrimonialista então reinante, propondo, auspiciosamente, uma análise distinta da pessoa, naquelas relações onde o caráter existencial deveria preponderar sobre as considerações estritamente argentárias.

A passagem, portanto, no pensamento contemporâneo, da concepção da pessoa como um “patrimônio que contrata”, para a concepção da pessoa como uma “integralidade concreta”, como alguém que merece proteção pelo só fato de ser pessoa, é significativo das opções valorativas básicas trilhadas pelo sistema jurídico atual. De algum modo, a unidade do sistema, presa, anteriormente, a velhos conceitos e velhos institutos, passa a ser redefinida em termos valorativos. Os modelos cognitivos contam, progressivamente, com espectros mais amplos de significação, dotando a experiência jurídica de uma flexibilidade orgânica que se opõe, paradigmaticamente, aos padrões oitocentistas.

Destarte, a experiência jurídica contemporânea aprofundou, em evolução ainda não exaurida, a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais. O acento

⁷¹ FACHIN, L. E.: “O ‘aggiornamento’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial”, em *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 145.

⁷² Art. 18 do Esboço: “Os direitos, que o presente Código regula, são considerados em relação ao seu objeto, e distinguidos em direitos pessoais e direitos reais. Os direitos pessoais são distintamente considerados nas relações de família, e nas relações civis”.

patrimonialista perdeu o timbre central que já ostentou no sistema de direito civil. Ou seja, as considerações patrimoniais persistem, por óbvio, importantes e necessárias, apenas deixaram de ser o eixo central ao redor do qual orbitam os demais conceitos civilísticos.

Seria realmente estranho que um sistema jurídico cujas linhas evolutivas se desenham no sentido da superação do individualismo e do patrimonialismo não contemplasse, nos ilícitos, uma projeção dessa tendência. Se o eixo central do sistema civil passou a ser a pessoa, em suas múltiplas dimensões, os ilícitos, como resposta normativa, hão de contar com um estatuto teórico que contemple as especificidades de tal escolha constitucional. Tais especificidades podem ser traduzidas por meio de expedientes normativos e hermenêuticos que prestigiem o resguardo, preferencialmente preventivo, do bem em questão, e não através de uma mal entendida possibilidade de recompor o dano havido por vias monetárias.

Nesse sentido, não se há de buscar, na diferenciação proposta, resquícios de patrimonialidade nos direitos extrapatrimoniais, mas sim analisar, no caso concreto, o que realmente prepondera, se o patrimônio ou o valor da pessoa humana. Por exemplo, a conduta de um plano de saúde que nega cirurgia de urgência para um segurado (inclusive descumprindo ordem judicial, como tem progressivamente acontecido no Brasil) ofende não o patrimônio, mas a esfera extrapatrimonial do segurado e de seus familiares. Trata-se de um ilícito não patrimonial, porquanto o bem jurídico saúde não pode ser razoavelmente contraposto à possibilidade de uma posterior indenização⁷³.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, J. de: *Da responsabilidade civil*, 12^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

AGUIAR, J.R., R. R. de: “Responsabilidade civil do médico”, *Revista dos Tribunais*, v. 718.

COELHO, F. U.: *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.

CONTINENTINO, M.: *Direitos Reaes-Direitos Pessoaes. Direitos Absolutos-Direitos Relativos*, Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1935.

⁷³ Os exemplos possíveis seriam muitos. A saúde, mencionada neste capítulo, é apenas um dentre os bens que poderiam ser atingidos por ilícitos extrapatrimoniais. Por exemplo, um padre que pratica um ato de pedofilia contra um menor, pratica – além dos ilícitos penais – um ilícito civil extrapatrimonial. Aliás, pelos danos, no caso, responde não só o sacerdote, mas também a Igreja, solidária e objetivamente, conforme decidiu o STJ (REsp 1.393.699).

FACHIN, L. E.: “O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial”, em FACHIN, L. E. (Coord.): *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

GOMES, O.: *Obrigações*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

ITURRASPE, J. M.: *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979,

KFOURI NETO, M.: *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, RT, 2013.

NEGREIROS, T.: *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C.: *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. II.

POPPER, K. R.: *Conjecturas e refutações*, Trad. Sérgio Bath, 5ª ed., Brasília, UNB, 2008.

SANCHIS, L. P.: *Pressupostos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trota, 2003.

SUNSTEIN, C. R.: *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

TEPEDINO, G.: “A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea”, em *Temas de direito civil*, Tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

TEPEDINO, G.: “As relações de consumo e a nova teoria contratual”, em *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.