

A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CULPA PROVADA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS POR ERRO MÉDICO

Amanda Souza Barbosa¹

RESUMO: O presente artigo se propõe a apresentar as controvérsias em torno da necessidade de se provar a culpa do médico em ações indenizatórias ajuizadas em face de hospitais de natureza privada por falha na conduta do profissional. Para tanto, serão abordados os elementos essenciais da responsabilidade civil e sua disciplina no que se refere ao erro médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Hospitais privados. Culpa. Erro médico.

ABSTRACT: This article aims to bring forward the controversy around the necessity of proving the doctor's guilt in indemnity lawsuits against private hospitals for malpractice. Will be considered the essential elements of civil liability and how it disciplines the medical error.

Keywords: Civil liability. Private hospitals. Guilt. Medical error.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL; 3 ERRO E CULPA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL; 4 A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CULPA PROVADA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS POR ERRO MÉDICO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos temas mais fascinantes do Direito Civil e, ainda hoje, é palco de intensos debates. O aumento de processos judiciais contra profissionais da medicina é notório, em especial aqueles que versam sobre erro médico. Sabe-se que a demonstração em juízo de que o médico agiu com culpa é essencial para a sua responsabilização, enquanto profissional liberal. Esta necessidade se mantém para fins de imputação de responsabilidade civil aos hospitais privados por erro médico? Como conciliar este cenário com o regime do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de acordo com o qual a responsabilidade do fornecedor tem natureza objetiva?

Neste trabalho, será analisada a (im)prescindibilidade da culpa provada na atribuição de responsabilidade civil por erro médico a entidade hospitalar privada. Serão estudados o regime da responsabilidade médico-hospitalar e os elementos essenciais da responsabilidade civil, sobretudo no que refere à configuração do erro médico. O tema ganha

¹ XXX

relevância prática e teórica, na medida em que se propõe a contribuir com a resolução das controvérsias hoje presentes na doutrina e jurisprudência.

2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil consiste na “[...] obrigação de reparar um prejuízo decorrente de culpa ou de imposição legal, oposta ao indivíduo que ao dano deu causa” (SCHAEFER, 2011, p. 24). Tem como elementos essenciais: a) conduta humana voluntária; b) dano e c) nexos causal. Márcia Regina Weber (2004) acrescenta o fundamento da atribuição de responsabilidade, que pode ser de natureza subjetiva ou objetiva.

Somente uma pessoa, seja ela natural ou jurídica, pode ser responsabilizada civilmente. Desse modo, o primeiro elemento a ser aferido é a existência de “[...] conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 69). O agente deve ter o discernimento necessário para saber aquilo que faz, o que não se confunde com a intenção de provocar um dano (dolo).

Sálvio Teixeira (2000) faz importante alerta: esse fato capaz de ensejar a responsabilização civil não será necessariamente ilícito. Não somente as condutas censuradas pelo ordenamento jurídico com a cominação de uma sanção podem causar um dano indenizável. O estado de necessidade, por exemplo, é um fato lícito que, a despeito de ser uma das excludentes de antijuridicidade para fins penais, obriga a reparação do prejuízo causado a quem não o tenha provocado.

A prova da existência de dano é essencial no processo de reconhecimento e imputação de responsabilidade civil, seja ela na modalidade objetiva ou subjetiva. Ele representa uma agressão ou violação de direito, material ou imaterial, que provoca a diminuição de um bem jurídico de valor pecuniário, moral ou até afetivo. Para que seja indenizável, devem ser aferidas a sua certeza, atualidade e subsistência. Hodiernamente, a doutrina faz referência a três espécies de dano: o dano patrimonial, o dano moral e o dano estético (MELO, 2008).

O dano patrimonial ou material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, dando azo a reparação que pode ser quantificada em pecúnia. Abrange o prejuízo efetivamente sofrido – dano emergente –, bem como aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar – lucros cessantes (art. 402 do Código Civil – CC). O dano moral, por sua vez, consiste na lesão de direitos extrapatrimoniais, a exemplo dos direitos da personalidade. Conta com previsão no

art. 5º, V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e no art. 186 do CC (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011; SCHAEFER, 2011). Já o dano estético pode ser definido como “[...] qualquer anomalia que a vítima passe a ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal” (MELO, 2008, p. 37).

A cumulatividade entre as espécies de dano sempre causou divergências na doutrina. Há autores que compreendem o dano estético como espécie de dano moral ou de dano material, implicando a cumulação, portanto, em flagrante *bis in idem*. Teresa Magalhães (1980), por exemplo, assumindo como premissa a definição de dano moral como violação aos direitos da personalidade, afirma que dano estético é dano moral. Nehemias de Melo (2008, p. 38), em sentido contrário, aduz que o dano estético é categoria autônoma que não se confunde com as demais, ainda que emanem de um mesmo fato.

Sobre a cumulatividade entre dano moral e dano material, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou entendimento em 1992 (Súmula nº 37)². Dezessete anos depois, foi publicada a Súmula nº. 387, a qual reconhece a licitude da cumulação entre dano estético e dano moral. Em julgamento realizado em outubro de 2008, restou consignado que: “[...] é admissível cumular os danos morais e estéticos decorrentes do mesmo fato quando são passíveis de identificação em separado” (STJ – 4ª Turma – REsp 659715/RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – Unânime – DJ. 14/10/2008).

Denomina-se nexa causal o liame entre a conduta e o dano, que transforma a primeira em causa do segundo. Dificuldades práticas na identificação deste elemento fizeram com que estudiosos desenvolvessem teorias com vistas à indicação de um método de raciocínio lógico para aferição do nexa causal, dentre as quais se destacam: teoria da equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada e dos danos diretos e imediatos (MELO, 2008).

A teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida como teoria da equivalência das condições ou da “*conditio sine qua non*”, atribui a qualidade de causa a toda condição que haja concorrido para a produção do dano. São equivalentes na medida em que a retirada de quaisquer delas seria suficiente para a não verificação do dano. Tal teoria sofre duras críticas, pois, se levada às últimas consequências, culmina com uma regressão infinita do nexa causal (GONÇALVES, 2010).

De acordo com a teoria da causalidade adequada, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado. Dentre todas as condições que levaram à materialização

² Súmula nº 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

do resultado danoso, o magistrado deve identificar a causa mais determinante, de acordo com sua experiência. “Deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir juízo sobre a idoneidade da condição” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 48). Para Nehemias de Melo (2008) e Sergio Cavalieri Filho (2010), esta teria sido a teoria adotada pelo CC.

Contudo, uma segunda corrente (a qual se filia), aqui representada por Carlos Roberto Gonçalves (2010), Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), entende que o art. 403 CC positivou a teoria dos danos diretos e imediatos, também denominada teoria da relação causal imediata. Trata-se de formulação intermediária em relação às anteriores, de acordo com a qual se tem como causa o antecedente vinculado necessariamente ao resultado danoso, sendo este último sua consequência direta e imediata.

Na perquirição do nexa causal, é de suma importância a observação da ocorrência de concausas ou excludentes de responsabilidade. Denomina-se concausa todo acontecimento que se soma à cadeia causal em direção ao resultado lesivo, devendo-se questionar se é idônea para interromper o nexa causal. As excludentes de responsabilidade, por sua vez, são circunstâncias que eliminam um dos pressupostos da responsabilidade civil, normalmente o nexa causal, impossibilitando a imputação do dever de indenizar ao suposto agente. São elas: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011; MELO, 2008).

Tratando-se de responsabilidade contratual, somem-se aos pressupostos já explorados a existência de um contrato válido e a inexecução parcial ou total do contrato. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, também denominada delitual ou aquiliana, prescinde de contrato prévio, decorrendo o prejuízo da prática de ato violador de lei e/ou preceito geral de direito (AGUIAR JR., 2000). Distinguem-se, sobretudo, quanto à preexistência de relação jurídica³.

Quanto ao fundamento de reparação, a responsabilidade civil pode assumir natureza subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil subjetiva se funda na culpa em sentido lato. Esta abrange o dolo e a culpa em sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência). Cabe ao ofendido fazer prova do ato, do dano, do nexa causal entre eles e da culpa do ofensor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

³ Há corrente monista que nega a necessidade desta dicotomia, por verificar simbiose entre as normas que a disciplinam, sendo seus efeitos uniformes (CAVALIERI FILHO, 2009).

Em face das dificuldades em se provar a culpa em juízo, surgiu a teoria do risco, atualmente consagrada no art. 927, parágrafo único, do CC. De acordo com ela, haverá responsabilidade, independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Entenda-se como atividade conduta reiterada, realizada de maneira profissional ou empresarial com fins lucrativos (CAVALIERI FILHO, 2009).

O dispositivo mencionado representa verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva. Para Sergio Cavalieri Filho (2009), foi acolhida a teoria do risco adquirido, posicionamento ao qual se adere⁴. Haverá risco adquirido sempre que um produto ou serviço se tornar perigoso em razão da presença de um defeito. Atribuir responsabilidade ao prestador pela materialização de riscos inerentes à atividade que desenvolve seria ônus insuportável, que poderia inviabilizar o exercício da própria atividade.

3 ERRO E CULPA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL

O erro médico, nas palavras de Genival de França (2010, p. 217), “[...] é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente”. Sálvio Teixeira (2000) elenca os elementos necessários para que haja responsabilização por erro médico: a) dano ao paciente; b) ação ou omissão médica; c) nexo causal entre a conduta do profissional e o prejuízo; d) agir culposo (arts. 186, 927 e 951 CC).

Diz-se ser hipótese de erro grosseiro ou inescusável caso em que a intervenção foi praticada com negligência exacerbada. O médico fere os mais básicos ditames da *lex artis*, a exemplo do anestesista que provoca o óbito do paciente por superdosagem. A iatrogenia é situação oposta, na qual o ato médico provoca lesão prevista na literatura médica, seja ela esperada ou não à luz do caso concreto. A situação iatrogênica não deriva da culpa do profissional, mas sim das próprias limitações da ciência, de modo que resta afastada a responsabilidade civil (CARVALHO, 2007; MELO, 2008).

Entre médico e paciente é celebrado um contrato *sui generis*, sinalagmático, *intuitu personae*, oneroso (em regra), informal, geralmente tácito, de trato sucessivo,

⁴ Há divergências nesse tocante. Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), por exemplo, entendem ter sido adotada a teoria do risco-proveito: todo agente que exerce com regularidade atividade potencialmente danosa em troca de um proveito, geralmente de caráter econômico, responderá objetivamente pelos prejuízos causados.

comutativo, podendo haver rescisão a qualquer tempo. Seu objeto reside no emprego de conhecimentos e procedimentos médicos com esforço e zelo profissional. Observe-se que a prestação não reside na cura, mas sim nos esforços em sua direção, de acordo com a melhor técnica. Daí se dizer ter o médico uma obrigação de meio, em regra. (MELO, 2008; SCHAEFER, 2011).

A jurisprudência e doutrina nacionais vislumbram uma relação de consumo no trato entre médico e paciente, na medida em que seja pactuada a prestação de serviços médicos a título oneroso (FRANÇA, 2010). Nas palavras de Genival de França (2010, p. 70): “[...] o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício”.

Contudo, análise mais detida impede a atribuição de natureza consumerista à relação médico-paciente. Para Alex Souza e Antonio Couto Filho (2002), faz-se urgente reflexão sobre a natureza *sui generis* dos serviços de saúde, tendo-se em vista a sua peculiar função social. Os autores também destacam a incompatibilidade do objeto da relação médico-paciente com a noção de bens de consumo que, em última instância, pode ser sintetizado no dever médico de promoção da vida e saúde do paciente.

Marcos Sampaio (2012)⁵ salienta que a essência das relações de consumo é o conflito de interesses: enquanto o fornecedor quer oferecer produtos ou serviços com baixo custo (lucro), o consumidor quer maximizar as suas vantagens, adquirindo-os com o menor dispêndio possível. Tal não se faz presente nas relações entre médico e paciente, pois ambos apresentam um interesse comum, qual seja, a busca pela cura e bem-estar do enfermo. Todavia, a vulnerabilidade do paciente é indiscutível, sobretudo pela falta de conhecimentos técnicos atinentes à ciência médica. Por isso, na ausência de diploma legal específico para disciplinar esta relação, aplique-se o CDC como meio de tutela dos seus interesses.

Da leitura dos arts. 951 do CC e 14, § 4º do CDC, vê-se que a responsabilidade civil médica tem natureza subjetiva. Para que haja condenação, portanto, deve-se demonstrar o agir culposo do profissional, o dano e nexos causal entre eles. José Carlos de Carvalho (2007) sistematiza: “[...] a regra prevalente para a responsabilidade civil dos profissionais liberais é a da responsabilidade subjetiva: com culpa provada, para as obrigações de meios, e com culpa presumida, para as obrigações de resultado”.

⁵ Informação verbal extraída de exposição do Professor Marcos Sampaio, em aula realizada em 17 de agosto de 2012, na Universidade Salvador – UNIFACS.

Embora seja corriqueira a correlação entre obrigação de resultado e responsabilidade objetiva, entende-se que tal não se dá com os serviços médicos. Aqui, o fato de a obrigação ser de resultado apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa, ou seja, a responsabilidade continua subjetiva, porém, com culpa presumida (CAVALIERI FILHO, 2009). Nesse sentido, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) consideram que o fato da responsabilidade médica ser subjetiva independe da natureza da obrigação avençada.

Quanto à cirurgia plástica com fins meramente estéticos, por exemplo, Nehemias de Melo (2008) refere ser entendimento majoritário que a responsabilidade do cirurgião, ainda que subjetiva, conta com presunção de culpa. Aponta-se como fundamento que o paciente, ao buscar esse procedimento, pretende apenas melhorar a sua aparência, havendo um fim determinado e concreto buscado pelo indivíduo e aceito pelo cirurgião.

Compartilha do mesmo entendimento José Carlos de Carvalho (2007), para quem o médico que realiza cirurgia plástica embelezadora assume obrigação de resultado, presumindo-se a culpa em caso de dano. Tal não se confunde com as hipóteses de cirurgia plástica reparadora, casos em que ainda caberá ao autor da ação a prova de que o médico agiu com culpa (CAVALIERI FILHO, 2009).

Há, ainda, aqueles que sustentam ter o cirurgião plástico uma obrigação de meio em ambas as circunstâncias. Esta é posição minoritária, aqui adotada. Ruy Aguiar Jr. (2000) leciona que o risco está presente em toda intervenção cirúrgica, sendo imprevisíveis as reações do organismo do paciente. Roberto Luiz D'Ávila (2002) chega a afirmar que a obrigação do médico será sempre de meio, jamais de resultado.

Para Genival de França (2010b) faz-se irrelevante a identificação da obrigação médica enquanto obrigação de meio ou de resultado, bem como se a responsabilidade é contratual ou aquiliana, na medida em que, na apuração da responsabilidade, prevalece a aferição da conduta, do dano, do nexos causal e da culpa. Tais classificações seriam determinantes para a distribuição do ônus da prova, contudo, esta poderá ser modificada em juízo mediante inversão do *onus probandi* (art. 6º, VIII do CDC). A despeito das controvérsias quanto ao ônus da prova, é certo que: em ação indenizatória proposta contra médico, enquanto profissional liberal, faz-se imprescindível a prova de que este último laborou com culpa⁶.

⁶ Ressalva-se a possibilidade de insuficiência probatória e necessidade de aplicação, pelo magistrado, das regras de distribuição do ônus de prova enquanto regra de julgamento.

4 A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CULPA PROVADA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAIS PRIVADOS POR ERRO MÉDICO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A relação entre o paciente e a unidade hospitalar tem natureza consumerista, na medida em que se verifica o oferecimento, a título oneroso, de produtos e serviços no mercado de consumo, com habitualidade (CARVALHO, 2007). Trata-se de contrato de natureza complexa, posto que mitigado o caráter *intuitu personae* característico das relações médico-paciente, podendo o indivíduo ser atendido por qualquer dos profissionais que estejam no plantão. Seu objeto envolve um conjunto de atividades, como hospedagem, alimentação especial e os serviços prestados pelas equipes de enfermagem e médica. Por isso, aos hospitais deve ser aplicado o regime de responsabilidade objetiva, nos moldes do artigo 14, *caput*, do CDC (MELO, 2008).

Quanto ao âmbito de responsabilidade do hospital pela prestação de serviços médicos, há dissonância na doutrina. Para Nehemias de Melo (2008) e Carlos Roberto Gonçalves (2007), não há que se falar em responsabilidade por ato de médico que não faz parte do quadro de funcionários, que apenas utiliza as instalações do hospital para atendimento de seus pacientes. Nesses casos, a instituição apenas seria responsabilizada por serviços de sua alçada, como falhas do pessoal auxiliar.

Ruy Aguiar Jr. (2000, p. 153) adota posição semelhante, acrescentando que, para que haja a responsabilidade do hospital, não é necessária a existência de relação de emprego entre o médico e a entidade, sendo suficiente a aferição do estado de subordinação. Quando o médico não é assalariado, mas desenvolve atividades no hospital, o autor adverte que haveria duas situações distintas:

[...] se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico, e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), por sua vez, sustentam que deve ser o hospital responsabilizado objetivamente também por erro médico cometido por profissional não pertencente aos quadros da entidade. Entendem haver um liame jurídico entre eles, sem prejuízo de ação regressiva contra o médico. Além disso, apontam a dificuldade da vítima em distinguir o grau de participação do médico e da estrutura e higiene do hospital na ocorrência do evento lesivo.

O STJ, em julgados recentes⁷, esposou o entendimento de que, para que o hospital seja responsabilizado por ato de médico, deve haver um vínculo entre eles do qual emane uma relação de subordinação, a exemplo da relação de emprego. Somente assim pode-se atribuir ao hospital o papel de preponente, deflagrando-se a sua responsabilização (art. 34 CDC e art. 932, III CC). A mera utilização das instalações do nosocômio não implicaria na existência do vínculo mencionado. Registre-se, contudo, a existência de posições dissonantes no próprio tribunal que, com fundamento na solidariedade entre os membros da cadeia fornecedora de serviços (arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º CDC), sustentam ser a responsabilidade do hospital independente da natureza da relação jurídica entre ele e o médico.

Já no que diz respeito à necessidade de se provar a culpa do médico nas ações indenizatórias ajuizadas em face de entidade hospitalar, a doutrina também se mostra dissonante. De acordo com um primeiro posicionamento, esposado por Fernanda Schaefer (2011), Genival de França (2010), José Carlos de Carvalho (2007), Nehemias de Melo (2008) e Zelmo Denari (2007), a responsabilização do hospital independe da prova da culpa do médico, restando àquele a demonstração da ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade ou o ajuizamento de ação em regresso contra o profissional, possibilidade que se extrai dos arts. 13, parágrafo único e 88 do CDC.

Para esta corrente, se assim não fosse, tornar-se-ia letra morta a norma do artigo 14, *caput*, do CDC, criando-se a regra de que todo prestador de serviço em cuja equipe haja profissionais que se encaixem na figura do profissional liberal somente será responsabilizado mediante prova de culpa deste, ou seja, também responderão subjetivamente. Além disso, a previsão da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais é excepcional, de modo que sua interpretação deve ser restritiva.

Assumindo posição contrária, Regina Silva (2009, p. 18) afirma que: “[...] sempre que a obrigação for de meio é inevitável a aplicação da teoria subjetiva [...]”. Sustenta, portanto, a responsabilidade subjetiva de hospitais por ato de médico empregado ou conveniado. Nessa esteira, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 365) aduz que, a despeito da responsabilidade objetiva, “[...] o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara”. Provada a culpa do profissional, a responsabilidade entre o médico e o hospital será solidária, nos termos dos arts. 932, III e 933 do CC e 34 do CDC.

⁷ STJ – REsp 351178/SP; REsp 908359/SC.

A divergência se estende ao STJ⁸. Em julgado recente, prevaleceu o entendimento de que a responsabilidade do hospital por falha na atuação técnico-profissional dos médicos a ele vinculados depende da demonstração do agir culposo destes últimos. Segue ementa:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. [...]

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

(iii) *quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).*

[...] (grifo do autor)

(STJ – 4ª Turma – REsp 1145728/MG – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Por maioria – DJ. 08/09/2011)

Ainda de acordo com a jurisprudência do STJ, deve-se observar que a aplicação pura e simples da responsabilidade objetiva do hospital pelos erros cometidos por médico implica na aceitação de que a natureza da obrigação firmada entre médico e paciente é de resultado, e não de meio. Se o médico não garante o resultado, este passará a ser garantido pelo hospital, criando-se situação absurda: ou se atinge a cura ou o paciente será necessariamente indenizado, seja pelo médico, seja pelo hospital (STJ – 2ª Seção – REsp 908359/SC – Rel. Min. Nancy Andrighi – Por maioria – DJ. 27/08/2008).

De acordo com Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 385-386), não há incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde e a regra da responsabilidade objetiva fixada pelo CDC, nos seguintes termos:

[...] o hospital só responderá quando o evento decorrer de *defeito do serviço*. Lembre-se de que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas se não for possível apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital. (grifo do autor)

Observe-se que o autor termina por ratificar a necessidade de produção de provas do agir culposo do médico como condição à responsabilização do hospital em que ocorreu o

⁸ STJ - REsp nº. 258389/SP; REsp nº. 1216424/MT.

evento danoso. De fato, mesmo se tratando de uma responsabilidade de natureza objetiva, faz-se necessária a demonstração do defeito na prestação do serviço, *in casu*, o erro médico praticado por profissional vinculado à entidade hospitalar. A identificação do erro médico, por sua vez, é indissociável da prova do elemento subjetivo – culpa, de modo que a sua demonstração é imprescindível.

5 CONCLUSÃO

A necessidade de se provar a culpa do médico em ações de responsabilidade civil ajuizadas em face de hospitais privados por erro médico é assunto controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional. Os posicionamentos podem ser divididos em duas correntes principais: a) a primeira sustenta a desnecessidade de aferição da culpa médica, por ter o hospital responsabilidade de natureza objetiva e solidária com os demais agentes da cadeia de fornecimento de serviços de saúde; b) a segunda corrente entende ser necessária a prova do elemento subjetivo, sob pena de se transformar a entidade hospitalar em seguradora universal.

Dentre elas, adota-se a segunda, devendo a responsabilidade civil do hospital privado por erro médico ser deflagrada apenas quando demonstrado em juízo que o médico pertencente aos seus quadros laborou com culpa. Do contrário, tornar-se-ia possível situação em que o médico estaria isento de responsabilidade, por ter agido de acordo com as normas da profissão, e o hospital seria condenado ao dever de indenizar sem ter concorrido com qualquer evento danoso. Embora sua responsabilidade seja objetiva, não deve ser ignorada a necessidade de demonstração do defeito do serviço que, no caso em análise, seria a ocorrência de erro médico. Sendo a aferição do agir culposo imprescindível para a identificação do erro médico, tem-se que a responsabilidade do hospital também a ela estará necessariamente vinculada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2000. Cap. 7, p. 133-180.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 258389/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 16 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200000445231&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 351178/SP. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.br/revisTaeletronica/ita.asp?registro=200101081878&dt_publicacao=24/11/2008>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 908359/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602569898&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 659715/RJ. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400968456&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 1145728/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901182632&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 1216424/MT. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001825497&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico: obrigações de meio e de resultado?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. O ato médico e a relação médico-paciente. In: LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; THOMAZ, João Batista (Org.). *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002. cap. 2, p. 9-28.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. IV.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade civil*. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Jur, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico*. 1. ed. 10 reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-35. Série GV-law.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 8, p. 181-207.

WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 18, abr.-jun. 2004, p. 144-162.