

Responsabilidade civil médica empresarial

Por Valter Pedrosa Barretto Junior
acadêmico de Direito pela Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO:1.Importância do estudo do tema; 2.Responsabilidade Civil,2.1. Ação ou Omissão ,2.2. Culpa ou Dolo do Agente,2.3. Relação de Causalidade,2.4. Dano ,2.4.1. Dano patrimonial,2.4.1.1. Dano emergente,2.4.1.2. Lucro cessante,2.4.2. Dano extrapatrimonial,2.5. A responsabilidade objetiva,2.6. A responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços; 3.Responsabilidade Civil Médica,3.1. Características da responsabilidade pessoal do médico,3.1.1. Excludentes da responsabilidade pessoal do médico,3.2. A Responsabilidade Civil Médica Empresarial.; 4.Conclusão;5. Bibliografia

1. Importância do estudo do tema

Na medida em que a consciência jurídica evolui e cada cidadão se sente mais encorajado a cobrar indenizações pelos danos sofridos, cresce a importância do estudo da Responsabilidade Civil Médica.

Notícias na televisão e jornais de casos de erro médico são freqüentes. Recordo-me, especificamente, de um caso recente, em que o paciente chegara ao hospital para uma operação de correção de fratura ortopédica na perna esquerda, tendo, entretanto, sofrido uma intervenção cirúrgica na perna direita. Outros casos, de culpa médica, como os de esquecimento de resto de material cirúrgico em pacientes, bem como de seqüelas provenientes de choque anafilático em anestesia, também são freqüentes.

Questão de grande relevância, pertinente à matéria, diz respeito à Responsabilidade Civil Médica Empresarial, haja vista que, nos dias atuais, o serviço médico é prestado, em sua grande maioria, por clínicas, laboratórios e hospitais.

Como fornecedores de serviços, tais estabelecimentos respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

Desta maneira, embora indiscutível que estejam tais estabelecimentos sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, os riscos da atividade médica são enormes. Como responsabilizar o hospital pelo insucesso de uma cirurgia efetuada com todos os cuidados em paciente idoso e de péssimas condições gerais de saúde?

O objetivo deste trabalho será o de desenvolver estudos sobre o referido tema, de modo a que se possa concluir com mais segurança sobre a configuração

da responsabilidade civil médica empresarial.

Com este intuito, começaremos nosso estudo tecendo conceitos fundamentais da responsabilidade civil em geral e da responsabilidade subjetiva do médico como profissional liberal, passando em seguida à análise do tema proposto.

2. Responsabilidade Civil

Incumbe à responsabilidade civil a repressão da conduta daquele que contraria o ordenamento jurídico, restaurando o equilíbrio moral e patrimonial desfeito com o dano.

Para atingir tal desiderato, a ordem jurídica estabelece obrigações positivas (dar ou fazer) e negativas (não fazer ou tolerar algo), as quais têm origem em: atos jurídicos lato sensu (todo acontecimento que tenha repercussão no direito), que abarca os atos jurídicos stricto sensu (ordinários: quando o acontecimento natural for comum a vida, como o nascimento, a morte etc.; ou extraordinários: caso fortuito e força maior) e os atos jurídicos lato sensu, que por sua vez compreendem os atos lícitos (atos jurídicos stricto sensu: seus efeitos são inexoravelmente trazidos pela lei; negócios jurídicos: seus efeitos são aqueles desejados pelas partes) e atos ilícitos.

As obrigações derivadas dos atos ilícitos são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano à outrem. A obrigação que, em consequência surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. É o que preceitua os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Esta é a previsão da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, fundamentada na culpa. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, entretanto, baseada no risco, a obrigação derivará da violação de um dever jurídico de incolumidade ou de segurança que cause dano a outrem, não perquerindo-se o elemento culpa (art. 927, parágrafo único, do CC).

Do exposto concluímos que são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil subjetiva: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.

2.1. Ação ou Omissão

O código prevê que a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente (ex.: atos praticados pelos filhos, tutelados e curatelados), e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

2.2. Culpa ou Dolo do Agente

Para a correta conceituação de culpa não se pode prescindir dos elementos da "previsibilidade" e comportamento do *homo medius*. Só se pode cogitar de culpa quando o evento é previsível, de acordo com o grau de atenção exigível do *homo medius*. O artigo 186 do CC pressupõe sempre a existência da culpa *lato sensu*, que abranque o dolo (pleno conhecimento do mau e perfeita

intenção de o praticar) e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia e devia observar, segundo os padrões de comportamento médio – imprudência, negligência ou imperícia).

2.3. Relação de Causalidade

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas a sua causa não está relacionada com a conduta do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

2.4. Dano

Sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido praticada intencionalmente.

Valendo-se do conceito de Sergio Cavalieri Filho, dano é a "subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral." (Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 90).

A par da divisão supra mencionada, aqui nos referiremos a dano extrapatrimonial quando a lesão afetar um dos direitos da personalidade de uma pessoa (integridade física, intelectual ou moral) e, por outro lado, a dano patrimonial ou material, nas hipóteses em que o efeito da lesão recair sobre o patrimônio da vítima. Desta forma, o dano moral é espécie do qual o dano extrapatrimonial é gênero.

2.4.1. Dano patrimonial

O dano patrimonial ou material, conforme já havíamos mencionado, atinge os bens que integram o patrimônio da vítima. Por patrimônio deve-se entender o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro, ficando de lado aqueles direitos que não têm esta característica, nem podem ser cedidos, os chamados direitos extrapatrimoniais (exemplo: direitos de família e direitos puros de personalidade).

O dano patrimonial, como bem assinala Maria Helena Diniz, fazendo referência a Aguiar Dias, mede-se pela diferença entre o valor do patrimônio da vítima e aquele que teria se não houvesse a lesão. (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7., 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65). Pode não somente acarretar a sua diminuição ou desvalorização, como também impedir o seu crescimento. Assim, subdivide-se o dano patrimonial em dano emergente e lucro cessante (art. 402, CC).

2.4.1.1. Dano emergente

Conforme dicção legal do artigo 402 do Código Civil, o dano emergente compreende aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Representa o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o

dono do veículo danificado desembolsa para consertá-lo.

2.4.1.2. Lucro cessante

Ainda de acordo com o que preceitua o artigo 402 do Código Civil, o lucro cessante vem a ser o que razoavelmente deixou a vítima de lucrar com a ocorrência do fato danoso. Consiste na frustração da expectativa de lucro, na perda de um ganho esperado, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

Por ser o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, reza o artigo supracitado que o lucro cessante deve pautar-se no princípio da razoabilidade.

Razoável é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. (Sergio Cavalieri Filho, *obra citada*, p. 92).

Voltando ao exemplo do ponto anterior, se o veículo abalroado culposamente fosse um táxi, além dos prejuízos efetivamente sofridos com o reparo do seu veículo (dano emergente), faria *jus* a vítima a uma indenização pelo que deixou de ganhar no período em que o veículo ficou na oficina. Logo, apurar-se-ia, pericialmente, o lucro que o taxista normalmente auferia por dia para chegar-se ao *quantum* que ele deixou de lucrar.

Por fim, concluindo com o entendimento de Fischer, trazido na obra do professor Carlos Roberto Gonçalves, "não basta, pois, a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias especiais do caso concreto". (Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, 8. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 630 e 631).

2.4.2. Dano extrapatrimonial

Dano extrapatrimonial, conceituando-o negativamente, é aquele que não tem repercussão sobre o patrimônio da vítima, ou seja, com a ocorrência do dano não há um decréscimo patrimonial. Segundo Savatier o dano extrapatrimonial (por ele denominado de moral) é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária.

Definindo positivamente, entretanto, o dano extrapatrimonial vem a ser aquele que atinge um bem integrante da personalidade de uma pessoa, os chamados direitos da personalidade.

Maria Helena Diniz apresenta em seu manual de Direito Civil a classificação proposta por R. Limongi França, que consiste na seguinte formulação: "os direitos da personalidade são direitos de defender: 1) a *integridade física*: a vida (a concepção e a descendência – gene artificial, inseminação artificial ou de proveta; o nascimento – aborto; o planejamento familiar – limitação de filhos; a proteção do menor pela família ou pela sociedade; a habitação; a educação; o trabalho; o transporte adequado; a segurança física; o aspecto físico da estética humana; a proteção médica e hospitalar; o meio ambiente ecológico; o sossego; o lazer; o desenvolvimento vocacional profissional e artístico; a liberdade física; o prolongamento artificial da vida; a reanimação; a

velhice digna etc.), os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto (o espermatozóide; o óvulo; o uso do útero para procriação alheia; o exame médico; a transfusão ou a alienação de sangue; o transplante; a experiência científica; o transexualismo; a mudança artificial do sexo; o débito conjugal; a liberdade física; o "passe" esportivo; o sepulcro; a cremação; a utilização científica do cadáver; a doação de órgãos do morto; o culto religioso ; o culto religioso no enterro); 2) a *integridade intelectual*: a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária e a atuação de esportista participante ou não de espetáculo público; 3) a *integridade moral*: a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico, político, religioso e profissional, a imagem, a identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa), a liberdade civil, política e religiosa; a segurança moral, a intimidade, o aspecto moral da estética humana, a identidade sexual, o nome, o título, o pseudônimo, a alcunha." (Maria Helena Diniz, *obra citada*, p. 70 e 71).

Veja que o dano extrapatrimonial, aquele que atinge um bem integrante da personalidade de uma pessoa, compreende as ofensas dirigidas à integridade física, intelectual ou moral de outrem. Apenas, quando houver ofensa à integridade moral do indivíduo deve-se falar na ocorrência do dano moral. Portanto, é o dano moral espécie do qual o dano extrapatrimonial é gênero. Esta, no entanto, é a classificação por nós sugerida, pois o conceito de dano moral, amplamente utilizado pela doutrina e jurisprudência, refere-se a este como qualquer lesão a um dos direitos da personalidade ("direito extrapatrimonial").

Da classificação formulada por R. Limongi França, percebe-se que os direitos da personalidade visam assegurar a dignidade da pessoa humana.

Pois bem, a Constituição Federal de 88 em seu artigo primeiro, inciso III, prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Ao assim fazer, a nossa Constituição deu ao dano extrapatrimonial uma nova feição e maior dimensão, pois a dignidade humana, como visto acima, é a essência de qualquer dos direitos da personalidade. O direito a honra, ao recato, a imagem, a intimidade, ao nome, ao aspecto físico e moral da estética humana, ao trabalho, a segurança física e ao culto religioso estão englobados no direito à dignidade.

Foi por considerar o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como corolário do direito à dignidade, que estabeleceu a Constituição, em seu artigo 5º, inciso X, o direito a indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

O Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, incisos VI e VII) e o novo Código Civil (artigos 12 e 186, parte final), seguindo o princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, também asseguraram o direito à efetiva prevenção e reparação de danos extrapatrimoniais.

O dano extrapatrimonial, portanto, sob a ótica da nova ordem jurídica constitucional, pode ser conceituado como violação ao direito da dignidade. Este é o entendimento do professor Sérgio Cavalieri Filho e a tendência da jurisprudência dos nossos tribunais, veja o aresto a seguir transcrito: "*Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade,*

aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória" (Ap. Cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in *ADCOAS* 144.719) (Sergio Cavalieri Filho, *obra citada*, p. 95).

Observe que, enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano extrapatrimonial atinge a própria pessoa. Podem ser vítimas deste dano, não apenas aqueles que possuem bens patrimoniais, mas qualquer indivíduo, por mais pobre e humilde que seja, pois os direitos da personalidade são comuns à existência humana.

"O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano. (...) O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente." (Eduardo Zanoní, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, p. 234 e 235, *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *obra citada*, p. 548 e 549). Assim, a dor, a aflição espiritual e a humilhação só poderão ser considerados dano extrapatrimonial quando causados por uma lesão à dignidade de alguém, ou seja quando ofendido um dos seus direitos da personalidade.

Este é o termo utilizado pela doutrina majoritária ao referir-se ao que conceituamos de dano extrapatrimonial.

2.5. A responsabilidade objetiva

A responsabilidade é objetiva porque para a sua configuração não é necessário a culpa (não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano), bastando o dano e o nexos causal entre este e a conduta do agente.

Tem a responsabilidade objetiva fundamento no risco. Explica-se: é reparável o dano causado a outrem em conseqüência de uma atividade realizada em benefício do responsável. Ao risco criado se subordina todo aquele que expuser alguém a suportá-lo.

Isso não significa que a responsabilidade objetiva substitui a subjetiva, mas tão somente fica restrita às hipóteses previstas em lei.

É o caso da responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços e produtos, prevista pelo Código do Consumidor (Lei 8.078/90). De fato, não poderia cogitar-se do consumidor assumir os riscos das relações de consumo, arcando sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo. De forma contrária, os riscos devem ser socializados, repartido entre todos, cabendo ao fornecedor, por meio do mecanismo do preço, promover esta repartição dos custos dos danos, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual.

2.6. A responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços

A responsabilidade dos fornecedores, como visto no item anterior, é objetiva, prescinde-se da existência de culpa. A responsabilidade pessoal dos

profissionais liberais, entretanto, será apurada mediante a verificação de culpa. É o caso do médico ou advogado que presta seus serviços de forma pessoal, diretamente ao consumidor, sem utilizar-se para tanto da estrutura e organização de uma pessoa jurídica, como clínicas, hospitais ou escritórios.

Para que haja a responsabilidade do fornecedor se faz necessária a prova do dano e do nexo causal entre este a prestação do serviço (quando subjetiva: necessária a prova da culpa do fornecedor), sendo facultado ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII, CDC).

A responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços será excluída tão somente por culpa exclusiva do consumidor, por culpa exclusiva do terceiro alheio ao ciclo de produção do produto ou da prestação do serviço e pelo fato de não existir o vício do produto ou do serviço (art. 12, parágrafo 1º e art. 14, parágrafo 1º, ambos do CDC).

3. Responsabilidade Civil Médica

A responsabilização do médico pode dar-se em três campos:

a) administrativo, pela representação do profissional aos órgãos de controle e fiscalização da profissão (Ministério ou Secretarias de Saúde, Conselhos de Medicina, etc.);

b) penal, pela submissão do agente à Justiça Criminal;

c) civil, mediante indenização ou compensação dos prejuízos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais suportados pelo paciente;

A responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. De bom alvitre lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil está-se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o médico e os estabelecimentos hospitalares passaram à condição de fornecedores de serviços de saúde (art. 3º, CDC).

Distinção deve ser feita, no entanto, entre a responsabilidade dos médicos que prestam o serviço direta e pessoalmente como profissionais liberais e a responsabilidade civil daqueles que prestam serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.

A responsabilidade civil do médico profissional liberal, segundo previsão do artigo 14, parágrafo 4º, do CDC, será apurada mediante a verificação de culpa, ao passo que a responsabilidade médica empresarial será objetiva.

Em ambos os casos, entretanto, a inversão do ônus da prova será admissível, tendo em vista a hipossuficiência técnica do consumidor (art. 6º, inciso VIII, CDC).

3.1. Características da responsabilidade pessoal do médico

Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam dúvidas e não se pode negar a responsabilidade contratual do médico, tendo em vista a formação de um autêntico contrato entre ele e o seu cliente. Parte da

doutrina, no entanto, excepciona os casos de atendimento de urgência e de fornecimento de atestado falso, inserindo-os na modalidade da responsabilidade extracontratual.

Segundo Savatier a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français* p. 147. Paris, 1951, *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *obra citada*, p. 360).

Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é de meio e não de resultado.

O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Serão, pois, civilmente responsáveis os médicos, profissionais liberais, comprovando-se qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Ao prejudicado, em princípio, cabe a prova de que o profissional agiu com culpa, sendo facultado ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inciso VII, CDC).

Outrossim, convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Para tanto, basta a culpa levíssima, desde que haja dano. Esta severidade é ainda maior no tocante aos médicos especialistas. Do médico especialista não se exige apenas o grau normal de habilidade possuído pelos praticantes em geral, mas aquele grau especial de habilidade e cuidado que os médicos de igual posição possuem.

O médico responde, também, por fatos danosos praticados por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. É o caso do médico-chefe, responsável pela equipe médica que comanda. Os atos praticados por auxiliares e enfermeiras que estejam diretamente sob o seu comando são de sua responsabilidade (ex: injeção aplicada pela enfermeira causando paralisia no braço do paciente).

Questão de maior complexidade diz respeito aos anestesistas. A par de integrar uma equipe médica, se autônomos forem, os anestesistas responderão pelos próprios erros ao ministrarem a medicação anestésica. Sendo o anestesista, entretanto, empregado do cirurgião-chefe, este último será responsável solidário daquele (art. 932, inciso III, CC). Situação diversa será a do erro do médico anestesista no pré ou pós-operatório, caso em que assumirá a responsabilidade sozinho.

Os erros do anestesista podem ser de diagnóstico (avaliar o risco anestésico, a resistência do paciente), terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) e de técnica (uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente, etc.). Sustenta-se que ele tenha obrigação de resultado, desde que tenha tido a oportunidade de avaliar o paciente antes da

intervenção e concluir pela existência de condições para a anestesia, assumindo a obrigação de anestesiá-lo e de recuperá-lo.

Outro profissional médico que, a princípio, assume obrigação de resultado é o médico cirurgião plástico. Deve-se distinguir a cirurgia plástica reparadora da cirurgia plástica estética. Na primeira visa-se corrigir deformidade física congênita ou traumática. O médico, nesses casos, não poderá garantir eliminar completamente o defeito. Sua obrigação, desta forma, será de meio.

Se, por outro lado, o objetivo do paciente é o de melhorar a sua aparência (cirurgia estética) obrigação do médico será de resultado.

Neste tipo de obrigação, poderá, no entanto, haver casos em que, apesar da utilização da técnica adequada pelo médico, sofra o paciente de reações orgânicas em virtude de peculiar característica inerente ao indivíduo (ex: tipo de pele extremamente sensível etc.). Exclui-se a responsabilidade do médico nestas hipóteses, como a seguir veremos.

3.1.1. Excludentes da responsabilidade pessoal do médico

Não se tem considerado como culpável, o erro profissional, isto é, aquele que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas. É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional, como anota Rui Stoco. 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.

Também não acarreta a responsabilidade civil do médico a iatrogenia (*iatros*: médico; *genia*: origem). A lesão iatrogênica é justamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica. No entanto, ainda assim, sobrevém ao paciente uma lesão em decorrência daquele agir, lesão que muitas vezes pode até ser fatal.

Todo procedimento médico tem um potencial de trazer para o paciente uma complicação, por mais leve que seja. Há muitos procedimentos que causam seqüelas ao paciente, mas que precisam ser realizados em razão de não haver outro tratamento possível para aquele mal.

É evidente tal situação quando, por exemplo, pensamos num câncer de mama avançado, para o qual a indicação não é outra senão a extirpação dessa mama (mastectomia) para salvar ou, em muitos casos, prolongar a vida da mulher. Neste caso entendemos com mais facilidade e tranqüilidade o que é iatrogenia.

Outra questão igualmente importante, que não acarreta em responsabilidade civil do médico, é a da chamada complicação ou intercorrência médica. Distingue-se da lesão iatrogênica, posto que esta é a causada ao paciente por um ato médico correto, realizado dentro do recomendável, sendo previsível e esperada, porém inevitável. Já a complicação ou intercorrência médica se consubstancia, como o próprio nome indica, num evento danoso, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica etc.

Da mesma forma se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica. Tal erro, nos dias atuais, em face dos diversos exames clínicos que possui o médico para diagnosticar o mal do paciente, encontra campo bem restrito.

Diferente, porém, a situação quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional. Neste caso, não obstante a técnica empregada seja correta, a conduta médica é incorreta, ou seja, o médico aplica mal uma técnica boa. Exsurge, assim, a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.

3.2. A Responsabilidade Civil Médica Empresarial.

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes (ver item 2.5 retro).

Embora indiscutível que são tais estabelecimentos prestadores de serviços, sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, os riscos da atividade médica são enormes. Como responsabilizar o hospital pelo insucesso de uma cirurgia efetuada com todos os cuidados em paciente idoso e de péssimas condições gerais de saúde?

A resposta está no seguinte: o hospital só responderá quando o evento decorrer de "defeito do serviço".

O artigo 14, parágrafo primeiro, do CDC, estabelece: "O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I- o modo de seu fornecimento; II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III- a época em que foi fornecido."

Do preceito legal, desta maneira, destacamos a legítima expectativa do consumidor e os riscos do serviço.

Aqui tem perfeita aplicação a lição do insigne Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin sobre o risco inerente e risco adquirido. Risco inerente é o risco intrínseco, atado à sua própria natureza ou modo de funcionamento, como por exemplo uma arma, uma faca afiada de cozinha etc. Embora capaz de causar acidentes, se causarem não haverá defeito do produto ou do serviço, pois a sua periculosidade era normal e conhecida. Assim, não responde o fornecedor por não ser defeituoso o produto ou serviço nestas hipóteses, cabe-lhe, no entanto, informar tais riscos ao consumidor, esclarecendo-lhe quaisquer dúvidas.

Risco adquirido, por outro lado, configura-se quando produtos ou serviços tornam-se perigos em decorrência de um defeito. São bens e serviços que, sem o defeito, não seriam perigosos; não apresentam riscos superiores aos legitimamente esperados pelo consumidor. Nestes casos respondem os fornecedores. (Sergio Cavalieri Filho, *obra citada*, p. 384)

Neste sentido, a incerteza da ciência médica e as características

particulares inerentes ao paciente são considerados riscos intrínsecos, não havendo que se falar em defeito e, portanto, em responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares, quando existentes o erro profissional ou complicações (intercorrências) médicas.

"Em matéria de proteção da saúde e segurança vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos ou serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida" (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 48, *apud* Sergio Cavalieri Filho, *obra citada*, p. 384).

Assim, a iatrogenia, lesão causada com base em um procedimento amparado pelo estágio técnico em que se encontra a medicina em determinada época, também não será considerada para efeitos de tornar o serviço defeituoso. Não havendo, desta forma, responsabilidade civil dos hospitais em casos de lesões iatrogênicas.

Assim é que, dentro da sistemática estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil médica empresarial, apesar de objetiva (art. 14, *caput*, CDC), ajusta-se perfeitamente a natureza da atividade médica, sendo afastada pelas mesmas causas excludentes da responsabilidade pessoal do médico.

4. Conclusão

À suma do exposto, conclui-se que a responsabilidade pessoal do médico, profissional liberal, atende aos requisitos da responsabilidade subjetiva: ação ou omissão, culpa, dano e nexa causal, restando afastada pela inexistência de culpa nos casos de erro profissional, iatrogenia e quando houver complicações ou intercorrências médicas, além, é óbvio, quando estiverem presentes as demais excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços (art. 14, parágrafo 3º, CDC).

A responsabilidade dos estabelecimentos empresariais da medicina, como hospitais, clínicas e laboratórios, por sua vez, será objetiva, prescindindo-se da culpa, restando afastada apenas quando estiverem presentes as excludentes da responsabilidade previstas no artigo 14, parágrafo 3º, do CDC: a) quando inexistente o defeito (art. 14, parágrafo 2º, CDC) - nos casos de erro profissional, iatrogenia e quando houver complicações ou intercorrências médicas; b) quando houver culpa exclusiva do paciente; e c) quando houver culpa exclusiva de terceiro alheio ao ciclo da prestação do serviço.

Não vislumbrar a responsabilidade médica empresarial dentro dos parâmetros ora estabelecidos, poderá vir a encarecer por demais a prestação dos serviços médicos, que envolvam maiores riscos, de modo a inviabilizá-los e a inibir o avanço da medicina.

Tal conclusão coaduna-se aos objetivos consignados no *caput* art. 4º do

Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como ao princípio (art. 4º, inc. III, do CDC) da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, Constituição Federal).

5. Bibliografia

- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2001, v. 2.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1. a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.
- _____. *Direito civil*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- VENOSA, Sívio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v. 4).

BARRETTO JUNIOR, Valter Pedrosa. Responsabilidade civil médica empresarial . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 362, 4 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5392>>. Acesso em: 06 ago. 2004.