

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS E HOSPITAIS: O PROCESSAMENTO  
DAS DEMANDAS A PARTIR DA DEFINIÇÃO DO PÓLO PASSIVO**

**Camila Klumb Oliveira Rabelo**

**BRASÍLIA**  
**2011**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Camila Klumb Oliveira Rabelo**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS E HOSPITAIS: O PROCESSAMENTO  
DAS DEMANDAS A PARTIR DA DEFINIÇÃO DO PÓLO PASSIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Mestre Henrique Araújo  
Costa.

**BRASÍLIA**

**2011**

CAMILA KLUMB OLIVEIRA RABELO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS E HOSPITAIS: O PROCESSAMENTO  
DA DEMANDA A PARTIR DA DEFINIÇÃO DO PÓLO PASSIVO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito  
da Universidade de Brasília - UnB.

Brasília, 1º de dezembro de 2011.

---

Professor Mestre Henrique Araujo Costa

Professor Orientador

---

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão

Membro da Banca Examinadora

---

Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benício

Membro da Banca Examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, a formação, o amor, o cuidado e preocupação e, principalmente, porque sempre acreditaram e investiram no nosso sucesso, apesar das dificuldades que encontramos pelo caminho. Toda conquista já valeria a pena apenas pelo “parabéns, filha” vindo de vocês.

Aos meus irmãos, Lucas e Rodrigo, a infância, as brincadeiras, a companhia, os estudos e as conversas, tudo sempre dividido por três.

A Aura Stella e Roberto, o carinho, o incentivo e a confiança, sempre esbanjando alegria. Vocês são exemplos admiráveis!

A Débora, Leonardo e André, cuja amizade e proximidade quebraram o distanciamento que a condição de “tio” às vezes impõe, todas as conversas, os conselhos, a compreensão, a paciência e os ensinamentos.

A Adriana, Marco e Natália, a amizade de infância, as lembranças, a caminhada e todas as risadas que foram dadas ao longo desses mais de dez anos.

Aos amigos que UnB me deu, em especial a Fernanda e Sinara, com quem dividi boa parte da vida universitária, e ao Alan, o incentivo e o convívio, principalmente na elaboração deste trabalho.

A todos os profissionais de saúde presentes no meu caminho, especialmente a Roberto Costa e sua equipe, o cuidado nos momentos em que eu não tinha energia para tanto.

Ao Henrique Araújo Costa, a disposição em dividir comigo o seu conhecimento, a orientação constante e o incentivo à conclusão deste trabalho.

À Biblioteca Central do Estudante, ambiente acolhedor e estimulante, que conheceu cada linha e cada pensamento desta monografia.

Às meninas da assessoria da PGDF, o incentivo, o acolhimento e o compartilhamento do ambiente de trabalho.

Muito obrigada!

*"Resta esse constante esforço para caminhar dentro do labirinto  
Esse eterno levantar-se depois de cada queda  
Essa busca de equilíbrio no fio da navalha  
Essa terrível coragem diante do grande medo,  
E esse medo infantil de ter pequenas coragens".*

Vinícius de Moraes

## **RESUMO**

Esta monografia envolve a análise do processamento das demandas de responsabilidade civil propostas em face de médicos e hospitais simultaneamente, a partir da delimitação da responsabilidade de cada um dos envolvidos na produção do dano. Pretende-se, primeiramente, com base na análise dos conceitos e elementos da responsabilidade civil, estabelecer os limites de responsabilidade do médico e do hospital, levando em consideração as diferentes possibilidades de relações jurídicas existentes entre eles, mutuamente, bem como entre eles e o paciente. Posteriormente, com base na análise dos tópicos processuais pertinentes, especialmente a legitimidade passiva, o litisconsórcio e a assistência, pretende-se encontrar os caminhos processuais necessários e, nos casos em que houver mais de uma possibilidade, o mais adequado para o processamento dessas demandas de reparação, a fim de favorecer, ao mesmo tempo, a reparação civil do autor e a defesa dos réus e evitar a condenação daqueles que, por não terem participado para a ocorrência do dano, não estejam obrigados a indenizar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; médico; hospital; legitimidade passiva; litisconsórcio; assistência.

## **ABSTRACT**

The present work analyses the processing of health care liability claims filed against physician and hospitals simultaneously, from the delimitation of the liability of everyone involved in the causation of the damage. It is intended, at first, from the analysis of the liability's concepts and elements, define the limits of medical and hospital responsibility, considering the different possibilities of legal relationships between them and also between them and the patient. Then, from the analysis of the relevant civil procedure topics, especially the legitimacy, the jointly liability and the assistance, it is intended to find the correct procedure ways and, in case of more than one possibility, the most appropriate to these lawsuits processing, in order to benefit, at the same time, the plaintiff's compensation and the defendants' actuations and avoid the condemnation of those who didn't caused the damage and, because of it, don't have the obligation to compensate it.

**KEY WORDS:** Liability; medical; hospital; legitimacy; jointly liability; assistance.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E HOSPITAIS .....	12
1.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil.....	13
1.1.1 Existência do dano.....	15
1.1.2 Nexo de Causalidade .....	18
1.1.3 A culpa.....	23
1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	25
1.2 Responsabilidade civil por ato de terceiro .....	26
1.3 A responsabilidade civil pessoal do médico.....	29
1.4 A responsabilidade civil do hospital.....	32
2 – O PROCESSAMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	40
2.1 Legitimidade ativa .....	40
2.2 Legitimidade passiva .....	41
2.2.1 Litisconsórcio .....	42
2.2.2 A assistência .....	49
2.3 O ônus da prova.....	53
2.4 A defesa do médico e a defesa do hospital.....	56
2.5 O processamento da demanda .....	59
2.5.1 Esquema acerca do processamento das demandas de responsabilidade civil propostas em face de médicos e hospitais. ....	66
2.6 A ação de regresso.....	67
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	72



## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil de médicos e hospitais é tema de altíssima relevância, que ultrapassa em certos aspectos as fronteiras do recorte disciplinar do Direito, na medida em que se trata de matéria inserta na complexidade das relações sociais.

O Direito, a seu turno, traz em si o objetivo inerente de viabilizar a convivência em sociedade. Mas é certo que o convívio social impõe riscos, e riscos muitas vezes levam ao dano. A obrigatoriedade de impor ao causador do dano a necessidade de reparação ou, na impossibilidade desta, a indenização, é o fundamento da responsabilidade civil. E o tema ganha maior importância ainda quando se considera a complexidade da vida moderna, especialmente sob a ótica da prestação de serviços médicos. Estudos apontam que a responsabilidade civil, em menos de um século, deixou de ocupar posição marginal do pensamento jurídico para transformar-se em um dos grandes eixos de preocupação do direito hodierno (MORAES, 2009; CASTRO, 2005).

A consequência disso é que a quantidade de demandas relativas à responsabilização civil por erro médico cresceu significativamente nos últimos anos e o judiciário é chamado a dirimir questões nesse sentido a todo tempo (FRANÇA, 2007; CAVALIERI FILHO, 2010). Ocorre que as demandas relativas à responsabilização civil por erro médico possuem uma peculiaridade no que diz respeito ao seu pólo passivo, já que na maioria das vezes mais de uma pessoa, física ou jurídica, está envolvida na ocorrência do dano: o médico e o hospital. Importante esclarecer que o termo hospital, neste trabalho, será utilizado em referência à pessoa jurídica criada com a finalidade de prestar serviços de saúde.

Nesse contexto, o que se observa é que o autor da demanda, geralmente o paciente lesado, tende a ajuizar a ação contra ambos os envolvidos (ou que a vítima julga envolvidos), médico e hospital, até por uma questão estratégica: as chances de, por essa escolha, obter a reparação do dano são maiores, tendo em vista que na ocorrência de condenação solidária<sup>1</sup> a vítima poderá demandar de qualquer um, ou dos dois, o pagamento da indenização, a fim de ver seu prejuízo efetivamente compensado.

Entretanto, nem sempre essa condenação solidária é juridicamente correta, uma vez que é necessário, caso a caso, analisarem-se os reais limites da responsabilização, tanto do médico quanto do hospital. E, observando o juiz que um ou outro não sejam legítimos para o

---

<sup>1</sup> Segundo dicção do artigo 275 do Código de Processo Civil, “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery acrescentam sobre o artigo que “a solidariedade passiva enseja ao credor a possibilidade de mover ação contra apenas um dos co-devedores”, sendo que caso queiram mover ação contra mais de um, constituirão litisconsórcio passivo facultativo, cuja formação não é obrigatória (NERY Jr. e NERY, 20008, p. 425).

pólo passivo daquela demanda, deve ele proceder à correta exclusão<sup>2</sup> da parte ilegítima da lide, sob pena de responsabilizar indevidamente alguém que agiu com todas as cautelas, não tendo contribuído de maneira alguma para a ocorrência do dano. A responsabilização dessa pessoa, médico ou hospital, aparentemente decorrente de uma supervalorização do direito à segurança e à reparação da vítima (CASTRO, 2005), constitui um desvirtuamento da finalidade da responsabilidade civil, que tem por função a condenação daqueles que de alguma forma, causaram dano a outrem em decorrência de sua conduta, comissiva ou omissiva (CAVALIERI FILHO, 2010).

Com o objetivo de traçar os limites da responsabilidade de cada um dos envolvidos na ocorrência do dano no contexto médico-hospitalar e, a partir disso, analisar as consequências dessa delimitação no âmbito do processo civil, especificamente no que diz respeito à definição da legitimidade das partes no pólo passivo, passar-se-á ao exame detido dos elementos jurídicos envolvidos na questão, a fim de se obter, ao final, uma orientação quanto à melhor forma de dar solução às controvérsias, possibilitando a reparação da vítima, mas, ao mesmo tempo, sem se negligenciarem os aspectos técnicos jurídicos pertinentes ao tema.

O âmbito fático dessa pesquisa está delimitado às ações em que o paciente lesado propõe a demanda contra médico e hospital, a fim de obter a reparação do seu dano, criando o chamado litisconsórcio passivo inicial, cujos preceitos e efeitos serão explorados para se definir o melhor caminho a ser tomado a partir de então. Outra delimitação que importa ser esclarecida é que a análise aqui empreendida se funda na responsabilidade contratual de médicos e hospitais, decorrente, portanto, dos contratos firmados entre médico, hospital e paciente.

O maior esforço será empreendido no sentido de se estabelecerem os pressupostos teóricos, no campo da disciplina da responsabilidade civil, a partir dos quais se sustentará a análise pretendida no presente trabalho, no intuito de superar a fragilidade e as divergências conceituais com as quais o estudo do tema se depara e estabelecer os alicerces

---

<sup>2</sup> Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseveram, acerca das legitimidade *ad causam*, como condição da ação, que ela deve ser observada tanto no pólo ativo quanto no passivo, sendo que neste último “[pode] ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2007, p. 278). Desse modo, a ação proposta contra alguém que não seja responsável pelo dano, careceria da condição de legitimidade passiva *ad causam* da parte apontada como ré no procedimento. Segundo os mesmos autores, “o Código de Processo Civil faz referências expressas à *carência da ação*, ditando o indeferimento liminar da petição inicial (art.295, incs. II-III e par., inc. III) ou a ulterior extinção do processo em virtude dela (art. 267, inc. VI c/cart. 329)” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER). Como se trata de litisconsórcio, porém, a ação será extinta somente em relação a uma das partes componentes do pólo passivo, o que se fará por meio de sua exclusão como ré do processo, subsistindo essa ação para o outro litisconsorte. Ademais, segundo preceitua o parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa”.

necessários para se definir os critérios de imputação da responsabilidade de médicos e hospitais<sup>3</sup>.

Nesse sentido, outro ponto que merece ser esclarecido é que, em que pese não se tratar de pensamento uníssono na doutrina<sup>4</sup>, considerar-se-á neste trabalho que os serviços médicos estão sujeitos às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990), conforme parece entender a maior parte dos doutrinadores sobre o tema<sup>5</sup> e, mais importante aqui – já que o objeto deste estudo é o processamento das demandas – é este o entendimento majoritário expressado na jurisprudência, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>.

O primeiro capítulo é dedicado à análise dos elementos atinentes à responsabilidade civil, a partir do que se delimitará a responsabilidade pessoal do médico, seja como profissional liberal, seja como empregado do hospital, e a responsabilidade do hospital, seja pelo serviço diretamente por ele prestado, seja – novamente – pelo serviço prestado por médico empregado seu, ou, ainda, seja por serviço prestado por médico como profissional liberal utilizando-se das suas dependências.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado aos aspectos relativos ao processo civil relevantes para o caso, especialmente o litisconsórcio e a assistência, simples ou litisconsorcial, a fim de subsidiar, posteriormente, a correta definição do pólo passivo nas demandas de responsabilidade médica e, com base nisso, traçar o modo de processamento juridicamente mais adequado para essas demandas, tomadas em conta, obviamente, as eventuais peculiaridades e complexidades de cada caso.

Assim, espera-se ao final traçar uma orientação acerca do processamento das ações de responsabilidade civil decorrentes de danos causados no contexto médico-hospitalar,

<sup>3</sup> Acerca das dificuldades teóricas existentes no estudo da responsabilidade civil, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “O atual modelo de responsabilidade civil assemelha-se a um terreno muito acidentado, ou a um canteiro de obras, conforme o pessimismo, ou otimismo, do observador. É fato, porém, que seus alicerces não estão bem assentados no que se refere a uma concepção sistemática e global do instituto, seja com relação à função que deve desempenhar, seja no que tange aos critérios de imputação que deve adotar [...] A fragilidade dos conceitos, de um lado, e a fragmentação da disciplina, de outro, tendo que fazer frente ainda, segundo o entendimento majoritário, a diversificadas funções, acarretam sérias dificuldades, tanto para os estudiosos do tema, que não possuem uma firme base conceitual na qual se apoiar, como para os magistrados que, em consequência, não têm o conforto doutrinário com o qual fundamentar adequadamente suas decisões e dotá-las do grau necessário de racionalidade, libertando-se do arbítrio. (MORAES, 2007, p. 252-253).

<sup>4</sup> Miguel Kfoury Neto, por exemplo, embora admita a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços que ele classifica como *extramédicos* e *paramédicos*, repudia-o quanto à incidência nos serviços *essencialmente médicos*, conforme se denota dos seguintes trechos: “Nunca é ocioso repetir: os serviços hospitalares, não puramente médicos, estão mesmo sujeitos ao regramento do CDC. Todavia, considerada a natureza peculiaríssima do serviço prestado, o CDC não se presta a disciplinar a intervenção pessoal do médico” (KFOURI NETO, 2010, p. 58); e também: “De *lege lata*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos *atos terapêuticos*” (KFOURI NETO, 2010, p. 74).

<sup>5</sup> Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho, para quem o médico é prestador de serviço e, como tal, está sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 2010). O mesmo entendimento é esposado por Carlos Roberto Gonçalves (2011) e Silvio de Salvo Venosa (2008).

<sup>6</sup> Nesse sentido, a título de exemplo, o REsp. 696.284/RJ, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, (DJe 17/12/2009) de cuja ementa se extrai que “1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor” e também AgRg no Ag 1229919/PR, de mesma relatoria, (DJe 07/05/2010), no qual se afirmou “A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC”.

a partir da correta definição do pólo passivo dessas demandas, o que será feito com base na delimitação da responsabilidade civil pessoal dos médicos e a responsabilidade civil dos hospitais.

## 1 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E HOSPITAIS

Vivemos hoje em uma sociedade complexa, num entrelace de relações sociais e jurídicas infinitas, refletindo um suposto *equilíbrio dinâmico* de relações.

Nesse contexto, quando alguém causa a outro alguém um dano, esse equilíbrio é rompido. O autor do dano expande sua esfera de atuação para além do permitido, e a vítima se vê lesada em seus direitos, sem que tenha dado causa a tanto. Daí surge a necessidade de se restabelecer o equilíbrio original das relações, o que será feito mediante a responsabilização do agente, que será obrigado a reparar o dano, quando possível, ou indenizar a vítima pelo prejuízo causado. Assim, restaria reconstituído o equilíbrio jurídico-econômico entre agente e vítima (CAVALIERI FILHO, 2010).

Durante muito tempo se entendeu, até por uma influência do pensamento católico e das bases romanistas do direito europeu e latino-americano de que não há pecado sem a intenção de se transgredir um mandamento, que a responsabilização somente poderia ocorrer se fosse resultado de uma conduta intencional do agente, ou, ao menos culposa, não podendo haver obrigação de reparar sem a existência de culpa. Entretanto, a exigência dos novos tempos levou a uma evolução do pensamento, transferindo o foco da responsabilidade civil do agente para o dano em si. A reparação do dano é que se tornou uma questão prioritária de justiça, e não propriamente a reprovação do agente causador (GONÇALVES, 2011). Para Maria Celina Bodin de Moraes, o fundamento dessa transferência está na valorização do princípio da proteção da pessoa humana, que gerou no sistema da responsabilidade civil uma “extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável” (2007, p.238).

Daí porque, em princípio, todo dano deve ser indenizado. E nesse contexto, considerando ainda a transformação social advinda das revoluções industriais, é que se passou a admitir a responsabilidade objetiva<sup>7</sup>, de modo a se garantir a reparação do dano independentemente da comprovação de culpa do agente causador, para não deixar ao desamparo as situações nas quais seria impossível à vítima provar a existência de culpa do

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: “No entanto, a complexificação social e a industrialização provocaram um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa *lato sensu* foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas, que buscaram a construção de outros mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo (MORAES, 2007, p. 249).

agente, além de pressupor a responsabilidade daquele que desenvolve uma atividade de risco<sup>8</sup> (GONÇALVES, 2011, p. 31).

No bojo da relação estabelecida entre médico, hospital e paciente não é diferente. O paciente que procura um médico, ou um hospital, o faz com a expectativa de se ver curado de sua enfermidade ou, ao menos, com a expectativa de que aqueles cujos serviços está contratando empreenderão esforços e atuarão com diligência a fim de obter o melhor resultado possível na direção da cura. Se em decorrência de uma inobservância das regras de cuidado, esse paciente sofre um prejuízo indevido, um desequilíbrio foi gerado e precisa ser desconstituído. Para tanto, é necessário aferir a responsabilidade dos agentes envolvidos no processo, o que, consideradas as especificidades de cada um – profissional e estabelecimento de saúde – será feito de diferentes maneiras, subjetiva ou objetivamente, conforme se verá.

### 1.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil

Conceitualmente, descarregada de todo o simbolismo histórico e social considerado acima, a responsabilidade civil pressupõe a reparação de um dano anteriormente produzido, e significa, portanto, uma obrigação acessória, decorrente do descumprimento de uma obrigação principal. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional” (2011, p. 21). Sérgio Cavalieri Filho não destoa, afirmando que “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (2010, p. 2).

Em termos práticos, trata-se, conforme anotado acima, de um mecanismo de transferência do ônus decorrente do prejuízo sofrido pela vítima ao agente causador do dano, o ofensor, a fim de se restabelecer o equilíbrio nas relações, por meio da reparação ou da compensação, mediante indenização.

Por esse motivo, e considerando ainda a evolução histórica no sentido de se tirar o foco do agente causador do dano e colocá-lo no próprio dano em si, a responsabilidade civil tem função precípua reparatória e, somente em segundo plano, apresentaria também função

---

<sup>8</sup> Sérgio Cavalieri Filho explica a importância da avaliação do risco no processo histórico de admissão da responsabilidade objetiva: “Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por que o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 142)

punitiva e pedagógica<sup>9</sup>. Novamente é Maria Celina Bodin de Moraes quem melhor sintetiza o assunto, no que diz respeito a esse deslocamento de foco e, consequentemente, de função:

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos. (2007, p. 245)

Importante frisar que o caráter punitivo e pedagógico, ainda que em segundo plano, não tem aceitação uníssona na doutrina, e a própria Maria Celina, para quem a responsabilidade tem função exclusivamente compensatória, é uma das vozes destoantes, quando afirma que a atribuição de outras funções, como a punitiva e a pedagógica, consistiriam verdadeiro desvirtuamento de finalidade da responsabilidade civil. Veja-se:

Assim, além de sua função estrutural, a reparação do dano, a chamada função compensatória, estaria ela sendo distorcida, para cumprir tantas outras funções, de caráter variado: função punitiva, pedagógica, exemplar, de consolo, de desestímulo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, de substituição dos deveres do Estado etc. (2007, p. 255)

De toda a análise tendente a considerar o dano como um desequilíbrio que deve ser restabelecido, somada ao fato de que o autor cedeu a ele seu lugar de importância, decorre que a reparação do prejuízo, para cumprir a função proposta pela responsabilidade civil, deve ser integral, pois somente assim a relação existente entre agente e vítima poderia retornar ao *status quo* equilibrado de antes – trata-se do princípio da restituição integral do dano. A sua extensão, portanto, é a medida da indenização, podendo ser reduzida proporcionalmente, nos casos em que houver culpa concorrente da vítima ou quando houver excessiva discrepância entre a culpa do agente e o dano sofrido, sendo vedado o enriquecimento ilícito do lesado (CAVALIERI FILHO, 2010).

Para a caracterização da responsabilidade, então, é necessária a presença dos seguintes elementos, os quais serão em sequência analisados detidamente: (i) o dano injusto; (ii) a relação de causalidade entre a conduta do agente, ou a atividade por ele desenvolvida, e

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, Sílvia de Salvo Venosa: “No entanto, forma-se mais recentemente entendimento jurisprudencial, mormente em sede de dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo ou sancionatório, pedagógico, preventivo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa ou pedagógica para o ofensor e a sociedade e intimidativa, para evitar perdas e danos futuros” (VENOSA, 2008, p. 25)

o dano e; (iii) a culpa do agente, quando a responsabilidade for subjetiva, na sendo objeto de verificação no caso da responsabilidade objetiva<sup>10</sup>.

Importa, por fim, esclarecer que a conduta a ser considerada na avaliação da causa do dano pode ser comissiva – uma atitude positiva do agente – ou omissiva, quando o ofensor, na realidade, deixa de agir e deixa, portanto, de impedir o curso causal que foi disparado por outro fenômeno e que levará ao dano, mas que poderia ter sido evitado pelo agente. A conduta omissiva que causa o dano não é a causa natural, pois a omissão, em termos naturalísticos, não influencia no curso causal, mas é juridicamente considerada como causa, em decorrência de imposição normativa para tanto. O que se deve ter em mente é que, nesses casos em que há a omissão, somente haverá responsabilização se havia um dever de agir e este foi descumprido (CAVALIERI FILHO, 2010).

#### 1.1.1 Existência do dano

O dano é um dos elementos da responsabilidade civil, de importância central, pois ante a sua inexistência, não há o que ser reparado.

Somente se apura a responsabilidade de alguém e a consequente a obrigação de indenizar, se houver dano a ser reparado<sup>11</sup> (CASTRO, 2005). A avaliação desse dano deve ser feita de maneira objetiva, porquanto sua mensuração independe da intenção ou das circunstâncias subjetivas do agente no momento em que lhe deu causa. Tais circunstâncias serão relevantes em outro momento, quando da avaliação da culpa do agente causador do dano (FRANÇA, 2007).

O dano sofreu, historicamente, uma evolução no seu conceito, para atender às novas demandas sociais, de modo que deixou de se vincular somente ao patrimônio para abranger também outros aspectos relevantes da vida:

[...] enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma “diminuição do patrimônio”, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção. (GONÇALVES, 2011, p 355)

---

<sup>10</sup> Trata-se de entendimento unânime na doutrina, presente nas obras civilistas, a exemplo das utilizadas como referência bibliográfica do presente estudo.

<sup>11</sup> Conforme preceitua o Código Civil no seu artigo 944, “A indenização mede-se pela extensão do dano”. E, conforme ensinamento de Miguel Kfoury Neto, no que é acompanhado por Carlos Roberto Gonçalves, entre outros civilistas, “A medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas pequenas” (KFOURI NETO, 2007, p. 77).



Segundo Miguel Kfoury Neto (2007), no âmbito da responsabilidade médica, o dano – desde que exista, efetivamente – pode ser material ou moral<sup>12</sup>, sendo que neste último está abrangido o dano estético<sup>13</sup>.

O dano material, sem divergências, é aquele que afeta o patrimônio do ofendido. Quanto ao dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes (2007), criticando a concepção subjetiva adotada pela maior parte da doutrina, segundo a qual dano moral é todo o sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária<sup>14</sup>, aponta no sentido da adoção de uma definição objetiva, amparada nos ensinamentos de Paulo Luiz Neto Lobo, segundo a qual o dano moral é, em linhas gerais, a lesão a um direito da personalidade.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) explica, ainda quanto aos danos morais, que, regra geral, eles independem de prova, pois existem *in re ipsa*, isto é, decorrem do próprio fato, como presunção absoluta.

Quanto à possibilidade de cumulação entre dano material e moral, em que pese o posicionamento inicial da doutrina e da jurisprudência ser no sentido de não admitir a cumulação, tendo em vista que o dano material, quando reparado, englobaria o moral, hoje o entendimento consolidado, inclusive com a edição da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, é no sentido de ser possível a cumulação.

Relevante ainda mencionar que o dano, no contexto médico hospitalar, pode ser configurado em razão da perda de uma chance de cura. Sérgio Cavalieri Filho ensina que há a perda de uma chance quando a conduta de alguém impede a ocorrência de um evento que tenha razoável probabilidade de trazer um benefício futuro a outrem. Especificamente no que diz respeito à perda de uma chance na atividade médica, explica:

<sup>12</sup> Embora hoje esteja amplamente consolidada no direito brasileiro a possibilidade de indenização por danos morais, historicamente não foi sempre assim. Argumentava-se, para afastar a indenização, em suma, (a) a dificuldade de se aferir o dano; (b) a impossibilidade de se compensar um sofrimento em patrimônio; (c) impossibilidade de liquidação do dano, pela dificuldade de se expressar em dinheiro o sofrimento pessoal. Esses argumentos foram superados pela idéia de que, primeiramente, em certos casos o sofrimento e a dor são presumidos. Ademais, embora a indenização não seja capaz de reverter por completo a situação danosa, é um facilitador da superação e da aceitação (CAVALIERI FILHO, 2010). No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: “Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito” (MORAES, 2009, p. 147)

<sup>13</sup> O autor remete aos ensinamentos de Teresa Ancona Lopez de Magalhães, para quem “dano moral é aquele que lesa os direitos extrapatrimoniais de alguém, como os direitos da personalidade e os direitos de família. É, portanto, o dano estético, como um dano moral, a ofensa a um direito da personalidade – o direito à integridade física no aspecto de sua aparência” (MAGALHÃES, 1980). Importa frisar que o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido de ser lícita a cumulação de danos morais com danos estéticos (Súmula nº 387), parecendo considerar aí, portanto, o conceito de danos morais em sentido estrito, que seria, como o é o dano estético, um dos subtipos do dano moral em sentido amplo.

<sup>14</sup> A autora critica o conceito originalmente elaborado por René Savatier pela maneira genérica como foi formulado, carente de critérios delimitadores: “Sobre o conceito de dano moral, a maioria dos operadores jurídicos nacionais o define de acordo com o entendimento elaborado, na década de 1940, por René Savatier segundo o qual ‘dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’. Tal conceituação, contudo, não permite que se colha uma noção específica, satisfazendo-se a doutrina com uma idéia ampla e genérica a ponto de se admitir praticamente tudo na configuração do dano moral, isto é, justamente ‘todo sofrimento humano’” (MORAES, 2007, p. 242/243).

<sup>15</sup> Súmula nº 37/STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”

[...] a perda de uma chance, aplicada à atividade médica, ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Entende-se por chance a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda. É preciso, portanto, verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória ou hipotética, sob pena de se tornar o médico responsável por tudo. (2007, p. 394)

Deve-se ter em mente, nesse tocante, que a perda de uma chance não significa, obviamente, a perda de um resultado certo, mas tão somente a perda da possibilidade de obtê-lo, daí porque, em termos de valoração do dano, deve haver uma redução proporcional da indenização que seria devida se houvesse a certeza do resultado (CAVALIERI FILHO, 2010).

Concluiu-se, portanto, que o dano é uma lesão, patrimonial ou moral, causado à vítima. Entretanto, deve-se ressaltar que não é qualquer resultado adverso que constitui efetivamente um dano no âmbito das ciências médicas. Segundo João Monteiro de Castro, “não é qualquer lesão oriunda de tratamento ou cirurgia que se enquadrará como dano indenizável” (2005, p. 28). É necessário que haja um resultado indevido, ou seja, é necessário que a conduta do médico, ou do hospital, cause um prejuízo indevido à vítima, um prejuízo que poderia ser evitado, e não meramente uma consequência ruim de uma conduta necessária.

Exemplo bastante ilustrativo para a análise da existência de dano é a cicatriz decorrente de uma cirurgia cardiovascular, necessária, por exemplo, para implante de marcapasso cardíaco e aquela decorrente de cirurgia estética. O implante de marcapasso cardíaco subcutâneo exige a realização de um corte compatível com o tamanho do aparelho a ser implantado, e esse corte necessariamente resultará em uma cicatriz de igual tamanho. Essa cicatriz não é, de maneira alguma, um dano capaz de subsidiar a pretensão reparatória, uma vez que se trata de consequência natural de uma conduta necessária à manutenção da vida do paciente. Por outro lado, quando se trata de cirurgia estética, como uma lipoaspiração ou lipoescultura, o que o paciente pretende é exatamente uma melhoria na aparência de seu corpo. Esse tipo de cirurgia exige técnicas especializadas, capazes de efetuar os procedimentos necessários sem deixar marcas. Se de um procedimento desse tipo resulta uma cicatriz semelhante, por exemplo, à da hipótese descrita anteriormente, de implante de marcapasso cardíaco, esse sim é um dano que enseja a pretensão de reparação civil pelo paciente, pois se trata de um resultado adverso, inesperado e evitável, especialmente se confrontado com o enorme número de cirurgias da mesma espécie que, bem sucedidas, apresentam resultados satisfatórios sem deixar marcas semelhantes.

Daí forçoso se concluir que o resultado material da intervenção médica, seja uma simples cicatriz, seja a amputação de um membro ou até mesmo o óbito do paciente,

deve ser analisado sempre no contexto no qual foi produzido, a fim de se proceder à correta avaliação e mensuração dos fatos e classificá-lo – o resultado – como um dano ou como uma mera consequência, ainda que desagradável, de uma conduta adequada empreendida pelo médico ou pelo hospital atuante no caso.

Para essa avaliação importará também a análise do tipo de obrigação a que o médico está sujeito em relação ao paciente – se de meio ou de resultado – conforme se esclarecerá em momento oportuno, uma vez que na responsabilidade contratual, para se proceder à análise de um dano decorrente do inadimplemento de um contrato é necessário conhecer o seu objeto.

Por fim, é importante esclarecer que nem sempre o dano está refletido no próprio paciente. Há os casos em que o dano é *reflexo*, isto é, quando o resultado adverso tem repercussão em outras pessoas – familiares, por exemplo – ou quando o terceiro também é vítima do dano causado ao paciente, como ocorre nos casos em que o dano se configura na morte de alguém que tenha dependentes. Essa verificação dos reflexos ou da extensão do dano será útil para análise da legitimidade ativa nas ações de indenização no contexto médico-hospitalar.

### 1.1.2 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito que deve ser estabelecida entre a conduta questionada e o dano produzido. A primeira tem, necessariamente, que dar causa ao segundo para que se justifique a responsabilização<sup>16</sup>.

Ensina Sérgio Cavalieri Filho que o nexo de causalidade não é conceito exclusivamente jurídico, decorrendo, primeiramente, de leis naturais. Assim define:

É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. [...] Além desse elemento naturalístico, exige também uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre certo fato e determinado resultado. (2010, p. 47)

Aplicado ao contexto médico-hospitalar, o nexo de causalidade é o vínculo estabelecido entre a conduta do médico ou do hospital e o resultado danoso sofrido pelo paciente.

---

<sup>16</sup> O conceito não é fonte de divergências doutrinárias nesse sentido, sendo reproduzido, por exemplo, por Francisco Amaral (2008), Silvio de Salvo Venosa (2008), Sérgio Cavalieri Filho (2010) e Carlos Roberto Gonçalves (2011).

Ocorre que no âmbito das ciências médicas há uma peculiaridade no sentido de que na maior parte das vezes, a causa natural do dano é uma enfermidade ou um acidente que nenhuma relação tinha com a conduta do médico ou do hospital. Porém, eles se inserem no curso de causalidade quando sua omissão faz com que o curso naturalístico que levaria ao dano não seja interrompido, se sua atuação seria capaz de fazê-lo. Essa omissão consiste no descumprimento de um dever que leva ao dano (CASTRO, 2005). Além e em decorrência disso, há uma dificuldade de se definir, nessas situações, de que conduta decorreu o dano e se alguma delas era mesmo capaz de produzi-lo, ou se o resultado adverso decorreu de circunstâncias naturais que independiam de qualquer intervenção, por mais adequada que fosse.

Quando mais de uma causa é determinante para a produção do resultado danoso, ocorre o fenômeno da concorrência de causas, e as causas concorrentes são chamadas concausas, que se subdividem em complementares, cumulativas e alternativas. As causas serão complementares quando cada uma delas, analisada individualmente, não for suficiente para ocasionar o dano; serão cumulativas, por outro lado, quando apesar de haver duas ou mais, uma delas já for suficiente para produzir o dano; e serão, por fim, alternativas, quando não se puder definir com certeza qual delas levou ao dano (RIZZARDO, 2006)

Quanto ao momento em que ocorrem as causas, elas se subdividem em simultâneas e sucessivas. Simultâneas são as causas que ocorrem no mesmo momento, e tem o efeito de que os autores do dano responderão solidariamente pelo ressarcimento. As causas sucessivas, por outro lado, ocorrem em momentos distintos, podendo-se daí cogitar de apuração parcial das causas, de modo que cada autor será responsável somente por sua parcela do dano, não havendo necessariamente a obrigação solidária (RIZZARDO, 2006).

Decorre desse fenômeno e das dificuldades de se identificar o responsável pelo dano em razão da ausência de critérios objetivos que levassem à sua individualização, que várias foram as teorias formuladas para explicar o nexo causal e definir-se, com base nisso, a relevância da conduta do agente para a produção de determinado resultado.

Não se abordarão aqui todas essas inúmeras teorias formuladas, de modo que nos reteremos ao que é pertinente, ou seja, identificar e analisar aquela que tem aplicação no direito brasileiro, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Os autores que se dedicam ao estudo da responsabilidade civil, especialmente aplicada ao contexto das relações médico-hospitalares, apontam que três são as teorias de maior relevância para identificação do fato causador de certo dano: a teoria da causalidade

adequada, a teoria da equivalência das condições causais e a teoria da causalidade imediata ou da interrupção do nexo causal<sup>17</sup>.

Pela teoria da causalidade adequada, a conduta à qual será imputada a ocorrência de um dano deve ser não somente necessária, mas também apta a produzi-lo. O aspecto positivo dessa teoria é que, pelo critério de identificação das causas, há distinção de relevância, possibilitando a individualização do fator que mais condições teria de ter dado causa ao dano<sup>18</sup>.

A teoria da equivalência das condições causais, por outro lado, também chamada de teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência dos antecedentes, aponta como causa todo fator que de alguma forma esteja ligado à produção do dano, atribuindo a todos a mesma relevância<sup>19</sup>. A identificação das causas é feita a partir de um procedimento hipotético de eliminação, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho:

Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada um teve. [...] Para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito. (2010, p. 47)

Várias são as críticas a essa teoria, que levam à inviabilidade de sua adoção no âmbito do Direito Civil, dentre as quais se destacam: a ausência de distinção de relevância entre as causas, a impossibilidade de se proporcionalizar a participação de cada um dos agentes quando houver mais de um, e a confusão estabelecida entre causa do dano e condição para o dano, equivalendo-as como antecedentes e atribuindo-lhes o mesmo valor<sup>20</sup>.

Por fim, para a teoria da causalidade imediata, ou causalidade próxima, é necessário que haja, entre o fato e o dano, relação de causa e efeito direta e imediata. Dessa forma, cada agente responde somente pelos danos que derivem diretamente da sua conduta<sup>21</sup>.

Ao contrário da caracterização das teorias, que não tem discordância na doutrina, a identificação daquela adotada no Direito Civil brasileiro é tema controverso. Em que pese o fato de alguns autores, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho (2010) e Genival Veloso de França (2007) afirmarem que se adota a teoria da causalidade adequada e, por outro

<sup>17</sup> Por exemplo, Francisco Amaral (2008), Carlos Roberto Gonçalves (2011) e Miguel Kfoury Neto (2007; 2010); Silvio de Salvo Venosa (2008), João Monteiro de Castro (2005) e Genival Veloso de França (2007) quanto às duas primeiras.

<sup>18</sup> Não há divergências doutrinárias quanto à caracterização da teoria, cuja descrição pode ser encontrada nas obras dos mesmos autores supracitados, de maneira semelhante.

<sup>19</sup> Vide nota de rodapé supra.

<sup>20</sup> Dentre os autores que tratam do tema, as críticas são abordadas com maior ênfase nas obras de Sérgio Cavalieri Filho (2010) e João Monteiro de Castro (2005).

<sup>21</sup> Vide nota nº 18.

lado, outros como Miguel Kfoury Neto (2007) e João Monteiro de Castro (2005) recorrerem à indefinição e à análise do caso concreto<sup>22</sup>, temos que a teoria de fato adotada é a teoria da causalidade próxima ou imediata. Essa é a lição doutrinária de Francisco Amaral (2008) e Carlos Roberto Gonçalves, para quem “o nosso Código adotou indiscutivelmente” essa teoria (2011, p. 351), além de ser a orientação adotada pela jurisprudência, mormente pelo Superior Tribunal de Justiça.

A orientação decorre de interpretação feita do artigo 403 do Código Civil, que dispõe que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O Superior Tribunal de Justiça, embora em alguns precedentes<sup>23</sup> confunda a aplicação e os conceitos da teoria da causalidade adequada com a teoria da causalidade imediata, na maioria deles, dentre os quais os mais relevantes, em que houve análise mais dedicada ao tema do nexo de causalidade, firmou posição no sentido de adotar a teoria da causalidade imediata, ou da interrupção do nexo causal, conforme se observa das seguintes ementas, transcritas somente no que interessa:

**PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.**

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. “Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa” (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o

<sup>22</sup> Para Miguel Kfoury Neto (2007), na responsabilidade civil não se adota exclusivamente apenas uma dessas teorias, devendo a análise no caso concreto considerar os fatores que podem ligar a conduta ao resultado danoso. Na mesma linha de raciocínio está João Monteiro de Castro, segundo o qual “ao juiz, sem aplicar qualquer uma das teorias cega ou automaticamente, valorando todos e cada um dos aspectos dos elementos probatórios oferecidos pelas partes, caberá decidir o caso concreto” (2005, p. 49-50), acrescentando ainda a necessidade de se observar a possibilidade de haver mais de um causador do dano, situação que levará à responsabilização solidária dos coautores e responsáveis indiretos.

<sup>23</sup> A exemplo do REsp 325.622/RJ, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008, no qual se afirmou que “vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato”.

foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) .

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 719.738/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008)

RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

[...]

8. Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessariedade, a “teoria do dano direto e imediato”, também conhecida como “teoria do nexo causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexo causal”.

9. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessariedade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar.

10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório.

[...]

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.

(REsp 1113804/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010)

RESPONSABILIDADE CIVIL. FALÊNCIA DE EMPRESA. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA EM FACE DO SEBRAE. ELABORAÇÃO DE PROJETO DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO CAUSA DIRETA, IMEDIATA E NECESSÁRIA DA INSOLVÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. Incontrovertidos os danos experimentados pela empresa, não se vislumbra, todavia, a ocorrência de ilícito contratual ensejador de reparação pecuniária, uma vez que a almejada declaração de descumprimento da obrigação contratual revela-se em nítido descompasso com o proceder anterior da empresa que, ao apregoar ser detentora de vasta experiência de mercado e fornecer os dados necessários à elaboração do projeto, criou para o SEBRAE a legítima expectativa de ser despidianda a realização de prévia pesquisa de mercado para a correta elaboração do projeto de viabilidade econômico-financeira.

[...]

5. Somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento, vigorando no direito civil pátrio, sob a vertente da necessariedade, a "teoria do dano direto e imediato", também conhecida como "teoria do nexo causal direto e imediato" ou "teoria da interrupção do nexo causal". Todavia, no caso concreto, não se vislumbra a configuração do nexo de causalidade entre o alegado erro na elaboração do projeto

de viabilidade econômico financeira pelo SEBRAE-MT e os danos advindos com a falência da empresa.

[...]

12. Outro ponto que afasta a responsabilidade do SEBRAE é o fato de a própria empresa ter apontado uma segunda série causal que teria operado, sozinha, a falência da empresa, ao alegar, no seu pedido de concordata dirigido ao judiciário, como causa única, direta, imediata e necessária de sua iliquidez, as turbulências econômicas pelas quais passava o País.

13. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1154737/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011)

Apenas para enfatizar, veja-se trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial nº 1154737, do Mato Grosso:

Com efeito, em relação ao nexos causal, vigora no direito civil brasileiro (art. 403 do Código Civil de 2002 e art. 1.060 do Diploma Civil de 1916), sob a vertente da necessidade, a “teoria do dano direto e imediato”, também conhecida como “teoria do nexos causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexos causal”. [...] Segundo a tese acolhida em nosso ordenamento jurídico, reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessidade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar. (REsp 1154737/MT, voto do Min. Luiz Felipe Salomão, p. 27).

O Ministro também afirma em seu voto, em análise que pode ser aplicada ao presente estudo, feitas as adaptações necessárias, que “não havendo uma configuração perfeita do nexos de causalidade, estaria se efetuando, na verdade, uma socialização indevida do risco empresarial ao transferi-lo a outros fatores, ou agentes, que não tiveram envolvimento com a ruína da empresa” (p. 26).

Portanto, a correta noção dos parâmetros utilizados na identificação da causa que produziu o dano é indispensável para a adequada individualização do agente, ou agentes causadores, evitando-se assim a responsabilização daqueles que em nada contribuíram para o prejuízo gerado.

### 1.1.3 A culpa

Embora não seja unânime o conceito de culpa na doutrina brasileira, com inúmeras formulações<sup>24</sup>, é possível capturar de cada uma delas elementos comuns que apontam para uma definição mais precisa. Tais conceituações afirmam a necessidade de uma ação voluntária que se distancie de uma conduta pré-determinada utilizada como parâmetro, consistindo, portanto, em um erro de conduta, do qual decorre um dano (PEREIRA, 2011).

<sup>24</sup> Caio Mario da Silva Pereira (2011) e Sílvia de Salvo Venosa (2008) enfatizam a existência de divergências quanto à precisão do conceito, concordando, por outro lado, quanto à possibilidade de se retirarem elementos comuns a todos eles, capazes de fornecer uma definição satisfatória à análise.



Silvio de Salvo Venosa sintetiza, afirmando que a culpa é “a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”, razão porque sua definição está ligada ao conceito de dever e à previsibilidade do dano<sup>25</sup> (2008, p. 23). E Francisco Amaral (2008), no mesmo sentido, acrescenta que a culpa possui um pressuposto objetivo, consistente no dever violado, e outro subjetivo, relativo à imputabilidade do agente.

No contexto da atividade médica, a verificação da culpa, conforme se depreende do próprio conceito, decorrerá da comparação entre o procedimento questionado em juízo e o procedimento recomendado em situações semelhantes, de acordo com as normas recomendadas pela perícia e a prudência médicas (KFOURI NETO, 2007).

A culpa, em sentido estrito<sup>26</sup>, pode ser de três tipos: negligência, imprudência ou imperícia, sendo que a presença de qualquer um é suficiente para a caracterização da violação ao dever de cuidado<sup>27</sup>. Em linhas gerais, a imprudência é a ausência de cautela observada em uma conduta comissiva do agente; a negligência é a falta de cuidado, observância, refletido em uma conduta omissiva do agente e a imperícia é a insuficiência de preparo técnico para a atividade que o agente está desempenhando (CAVALIERI FILHO, 2010).

Genival Veloso de França (2007) e Miguel Kfoury Neto (2007) analisam bem os tipos mencionados à luz do direito médico, aduzindo que a imprudência decorre de um agir precipitado por parte do médico, a negligência, por sua vez, é a ausência de cuidados necessários à salvaguarda da saúde do paciente e, por fim, a imperícia seria a inobservância, por desconhecimento, de procedimento padrão ou a insuficiência de conhecimentos técnicos típicos da profissão.

Assim, e retomando a idéia anteriormente trazida a respeito do dano, de que não se trata de qualquer resultado adverso, mas sim de um prejuízo indevido, também a culpa deve ser analisada no contexto em que o dano foi causado. Nas palavras de Miguel Kfoury Neto, “sopesando-se as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, estabelecer-se-á a culpa” (2007, p. 87).

---

<sup>25</sup> A previsibilidade do dano é elemento bastante referido para verificação da intensidade da culpa, do quanto a conduta questionada se afastou do procedimento padrão e do grau de diligência exigível do agente em situações semelhantes (PEREIRA, 2011). O assunto, entretanto, não é de grande relevância para a análise aqui empreendida.

<sup>26</sup> A culpa, em sentido amplo, refere-se à conduta voluntária do agente, que se subdivide em *dolo*, quando há a intenção de produzir o dano, e *culpa em sentido estrito*, quando o dano é produzido em decorrência de uma violação de um dever de cuidado, conforme conceituado no tópico. Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira (2011), Sérgio Cavalieri Filho (2010), Silvio de Salvo Venosa (2008), Francisco Amaral (2008), Carlos Roberto Gonçalves (2011), entre outros.

<sup>27</sup> Novamente se cuida de entendimento consolidado na doutrina. São adeptos, por exemplo, Silvio de Salvo Venosa (2008), Sérgio Cavalieri Filho (2010) e Carlos Roberto Gonçalves (2011), além dos que se dedicaram ao estudo do direito médico e reproduziram a mesma distinção, como Genival Veloso de França (2007) e Miguel Kfoury Neto (2007).

## 1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Embora, em regra, os efeitos decorrentes da geração de um dano no ordenamento jurídico brasileiro sejam uniformes, a responsabilidade se subdivide em contratual e extracontratual<sup>28</sup>, a depender do tipo de relação jurídica preexistente entre as partes: se o dano é causado em virtude do descumprimento de um contrato, há a responsabilidade contratual. Se, por outro lado, não há contrato prévio e o dano é causado em virtude do descumprimento de um dever legal (dever geral de abstenção, de não causar dano a ninguém), então se cuida de responsabilidade extracontratual, ou aquiliana<sup>29</sup> (GONÇALVES, 2011).

Quando se trata da responsabilidade dos médicos e hospitais por dano causado ao paciente durante o tratamento, se cuida, portanto, de responsabilidade contratual, tendo em vista que decorre de contrato firmado entre as partes, no qual geralmente o médico e o hospital se obrigam a prestar o tratamento curativo<sup>30</sup> e o paciente se obriga a pagar determinada quantia em dinheiro. Nesse sentido, João Monteiro de Castro:

Então, o médico responde contratualmente, eis que sua responsabilidade deriva de um contrato estabelecido entre ele e o paciente. Mas, como o médico é profissional liberal, sua responsabilidade contratual terá de ser articulada com outra distinção, que é a feita entre obrigação de meio e obrigação de resultado, pois só responderá ele por culpa no descumprimento de seus deveres profissionais de assistência e cuidados. (2005, p. 75)

Se a responsabilidade contratual deriva, portanto, do inadimplemento de uma obrigação prevista em um contrato, importa saber então de que tipo de obrigação se tratava. Mais especificamente, resta saber se o contrato impunha ao médico e ao hospital obrigação de meio ou obrigação de resultado, para que se possa caracterizar corretamente o dano sofrido, a partir da análise do que configura o inadimplemento da obrigação.

Na obrigação de resultado, o contratado se obriga a garantir um determinado fim, que é o objeto do contrato. Nas obrigações de meio, por outro lado, o contratado se obriga a empreender esforços no sentido de obter aquele determinado fim, mas não se obriga propriamente a garanti-lo. Veja-se o que escreveu Humberto Theodoro Jr. sobre o tema:

Na obrigação de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. [...] Já na obrigação

<sup>28</sup> Caio Mario da Silva Pereira (2011) aplica a mesma distinção à culpa, subdividindo-a em contratual e extracontratual com base nos mesmos critérios relativos à responsabilidade.

<sup>29</sup> A denominação decorre de do fato de ser originalmente definida na *Lex Aquilia* romana, sendo a transgressão do dever legal de respeitar o bem jurídica alheio, ou o dever geral de não causar dano a outrem. (PEREIRA, 2011a).

<sup>30</sup> Há aqui a exceção dos contratos que versam sobre tratamentos estéticos, nos quais o médico se obriga não somente a prestar, mas a garantir um resultado favorável, esteticamente.

de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de se empenhar na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado, não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante. Somente haverá inadimplemento quando a atividade devida for mal desempenhada. (2000, p. 115-116)

Em geral, os contratos médicos que versam sobre intervenções necessárias à saúde do paciente são tidos como obrigação de meio, até pela própria impossibilidade da ciência de garantir a eficácia de absolutamente todos os tratamentos, de modo que, nesses casos, o médico se obriga a empreender todos os meios viáveis para cura do paciente, mas não se obriga jamais a efetivamente “curar”, uma vez que esse resultado depende sempre de outros fatores, alheios a sua vontade e fora da sua capacidade de ingerência (KFOURI NETO, 2007).

A exceção está, entretanto, nos contratos que versam sobre procedimentos estéticos, nos quais o médico se obriga a garantir o resultado, sendo que, nesses casos, uma consequência desagradável – isto é, um resultado estético que não seja satisfatório – enseja a pretensão reparatória. É esse, inclusive o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup> (CAVALIERI FILHO, 2010). Além disso, ensina Sérgio Cavalieri Filho que, “por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável, capaz de afastar o seu dever de indenizar” (2010, p. 397).

## 1.2 Responsabilidade civil por ato de terceiro

A responsabilidade pelo ato de terceiro é modalidade de responsabilização indireta, porquanto atribui o dever de reparar o dano não àquele que imediatamente o tenha produzido, mas àquele que descumpriu um dever objetivo de guarda e vigilância que lhe fora legalmente imposto<sup>32</sup> (CAVALIERI FILHO, 2010). Segundo Caio Mario da Silva Pereira, “diz-se que há responsabilidade indireta quando a lei chama uma pessoa a responder pelas consequências do ilícito alheio” (2011b, p. 520). E nos dizeres de João Monteiro de Castro, de maneira mais completa, temos que:

<sup>31</sup> Nesse sentido: REsp 81.101/PR, REsp 10536/RJ e REsp 236.708/MG, por exemplo.

<sup>32</sup> Aqui, embora alguns autores, dentre eles Carlos Roberto Gonçalves, fundamentem a imputação objetiva do responsável com base na teoria do risco (o risco de se ter um filho, ou o risco de se ter um empregado), nos parece mais factível o fundamento trazido por Sérgio Cavalieri Filho, de que se trata de um dever objetivo de guarda e vigilância, legalmente imposto.

A responsabilidade indireta é excepcional e ocorre quando alguém se vê chamado a responder por fato que não praticou, mas praticado por quem tenha consigo uma relação jurídica específica. Então, na responsabilidade indireta, existe a figura de um intermediário, vale dizer, o causador direto do dano, juridicamente subordinado ao responsável indireto, pessoa que a lei autoriza a que se chame para reparar o prejuízo. (2005, p. 65)

O Código Civil elenca no artigo 932<sup>33</sup> aqueles que serão objetivamente responsáveis – isto é, independentemente da existência de culpa – pelos atos das pessoas que estiverem sob seus cuidados. Superou-se, portanto, a concepção clássica – e expressa na Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal – de que a responsabilidade do garante, no caso do empregador, seria presumida, sendo possível a ele provar a inexistência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* para afastar sua responsabilização.

Quanto à individualização da responsabilidade nesses casos, a regra está prevista no parágrafo único do artigo 942 do mesmo Código, segundo o qual “são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”. A consequência disso é que, sofrendo um dano, o lesado poderá mover a ação contra qualquer um ou contra todos os obrigados solidários (GONÇALVES, 2011).

Para o presente trabalho, importa a hipótese prevista no inciso III do artigo 932, que dispõe que os empregadores “são também responsáveis pela reparação civil” dos danos provocados por seus “empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele”, que se aplicaria aos casos em que o dano é causado por médico empregado ou preposto do hospital.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que há três requisitos para a configuração dessa responsabilidade:

- 1º Qualidade de empregado, serviçal ou preposto, do causador do dano (prova de que o dano foi causado por preposto)
- 2º Conduta culposa (dolo ou culpa *strictu sensu*) do preposto;
- 3º Que o ato lesivo tenha sido praticado no exercício da função que lhe competia, ou em razão dela. (2011, p. 127)

Sérgio Cavalieri Filho, no que interessa, não destoa, afirmando que:

A responsabilidade do empregador será objetiva desde que seu empregado ou preposto tenha atuado com culpa. Na responsabilidade pelo fato de outrem há o

<sup>33</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

concurso de duas responsabilidades: a do patrão e a do empregado ou preposto. A do primeiro é objetiva e a do segundo é subjetiva (2010, p. 200).

Isso significa que, mesmo se tratando de responsabilização objetiva do empregador, é necessário, para sua imputação, que seja aferida a culpa do seu preposto. Significa, portanto, dizer que o empregador é objetivamente responsável pela conduta do seu empregado e não diretamente pelo dano causado.

Sérgio Cavalieri Filho (2010) afirma, ainda, que, em vista da amplitude do artigo 14<sup>34</sup> do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço, em relação a defeitos do serviço prestado ou insuficiência ou inadequação das informações de uso e risco, o inciso III do artigo 932 teria ficado com um âmbito de incidência muito restrito. Entretanto, entendemos que os dispositivos não se repelem, senão que se complementam no sentido de favorecer a vítima do dano, tendo em vista que, além de o dispositivo consumerista não tratar dos danos causados pelos empregados ou prepostos, a dificuldade de conceituação do *defeito* no serviço ou o requisito de insuficiência ou inadequação de informações poderia significar um óbice à obtenção da reparação pelo consumidor lesado. Sua incidência é necessária também para possibilitar a caracterização da responsabilidade solidária entre o empregado e o empregador que for fornecedor de serviços, uma vez que o parágrafo único do artigo 942 se refere expressamente às relações estabelecidas no artigo 932, todos do Código Civil, conforme supramencionado. Ademais, o artigo constante do Código Civil abrange também as situações em que o dano causado pelo empregado não está sujeito à relação de consumo, como ocorre no caso dos empregados domésticos.

Nesse sentido, Antonio Herman de V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem afirmam que entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor existiria não uma revogação ou um conflito de normas, mas “o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática” (2006, p. 31). E Miguel Kfoury Neto, remetendo a esses ensinamentos, anota que:

Assim, eventuais antinomias entre o CDC e o Código Civil seriam superadas não pela revogação, expressa ou tácita, do CDC pela nova codificação, lei posterior, mas sim por um diálogo entre as duas leis, que incidem sobre um mesmo campo material compartilhado. (2010, p. 46)

---

<sup>34</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Por fim, no que diz respeito à definição de preposto, ficamos com a de Sérgio Cavalieri Filho, para quem “preposto é aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob a direção de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa função duradoura (permanente) ou num ato isolado (transitório)” (2010, p. 202).

### 1.3 A responsabilidade civil pessoal do médico

Conforme anteriormente asseverado, embora não seja de aceitação uníssona na doutrina a incidência do Código de Defesa do Consumidor como regulador da prestação de serviços médicos, essa parece ser a orientação dominante<sup>35</sup>.

Para Sérgio Cavalieri Filho, o médico é prestador de serviço, e como tal está sujeito à incidência das normas consumeristas, embora a ele se aplique a exceção prevista no § 4º do artigo 14 do CDC, que resguarda aos profissionais liberais a apuração da responsabilidade calcada na aferição de culpa (2010, p. 391).

Carlos Roberto Gonçalves não destoa, afirmando, acerca da responsabilidade civil do médico que “sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor” (2011, p. 257).

No mesmo sentido, é a corrente jurisprudencial majoritária, notadamente a orientação do Superior Tribunal de Justiça, donde se tiram os seguintes julgados, a título exemplificativo, cujas ementas seguem transcritas:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- 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 de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

---

<sup>35</sup> Vide nota nº 05.

3.- 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).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp 696.284/RJ, Rel. Ministro Sidnei Benetti. Terceira Turma. Julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

A orientação desta Corte é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1229919/PR, Rel. Ministro Sidnei Benetti. Terceira Turma. Julgado em 15/04/2010, DJe 07/05/2010)

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

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

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 731.078/SP, Rel. Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 799)

Conclui-se, portanto que em decorrência do constante no artigo 14, § 4º<sup>36</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, a cuja aplicação se filia no presente trabalho, a responsabilidade pessoal do médico enquanto profissional liberal é subjetiva, devendo ser apurada mediante a verificação de culpa.

Daí porque a culpa do médico é sempre tema de relevante discussão nos processos que versam sobre a responsabilidade médica, pois sua inexistência exclui o dever de indenizar (COSTA A.A.; COSTA H.A., 2008).

Por outro lado – e apenas para prestigiar a divergência – no que diz respeito aos efeitos decorrentes, a adoção ou o afastamento do CDC, especificamente quanto à verificação do tipo de responsabilidade a que se sujeita o médico na prestação de seus serviços profissionais, não traz muitas diferenças, pois nesses casos, por um ou outro

<sup>36</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

caminho, a conclusão é a de que a responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na verificação de culpa na sua atuação.

Miguel Kfouri Neto, por exemplo, para quem os serviços *essencialmente médicos* não devem estar sujeitos ao regramento consumerista<sup>37</sup>, é assertivo ao afirmar que “a responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *strictu sensu* (imperícia, negligência ou imprudência)” (2007, p. 77). Para o autor, os artigos 186<sup>38</sup> e 951<sup>39</sup> do Código Civil demonstram a adoção da teoria da culpa para responsabilização profissional do médico:

Os arts. 186 e 951 do Código Civil pátrio continuam a agasalhar inteiramente a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico. Sobrevindo dano – morte, incapacidade ou ferimento – a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *strictu sensu* – negligência, imprudência ou imperícia – para poder ser ressarcida. (2007, p. 89).

E o mesmo autor conclui, estabelecendo então os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil pessoal do médico, os quais podem ser aproveitados, mesmo considerando a incidência das normas consumeristas, tendo em vista que se referem à responsabilidade subjetiva:

Os pressupostos para que se configure a responsabilidade civil do médico são: (a) comportamento próprio, ativo ou passivo; (b) que tal comportamento viole o dever de atenção e cuidado próprios da profissão médica, tornando-se antijurídico; (c) a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo; (d) que haja um resultado danoso, material ou moral; (e) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido. (KFOURI NETO, 2007, p. 99)

Por fim, importa registrar que a responsabilidade do médico pode advir também de ato praticado por terceiro, sob sua supervisão, caso em que também será necessária a verificação de culpa – de ambos – para que haja o dever de indenizar. Confirma-se:

A responsabilidade do médico pode advir de ato praticado por ele ou por terceiro. Responderá pela via direta pelos atos culposos perpetrados por auxiliares (enfermeiros etc.) seus ou colocados sob sua supervisão, bem como por atos envidados por seus assistentes, entendidos como pessoas qualificadas (médicos, terapeutas etc.) sob as suas instruções. (CASTRO, 2005, p. 66)

<sup>37</sup> O autor, embora admita a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços que classifica como *extramédicos* e *paramédicos*, repudia-a quanto aos serviços *essencialmente médicos*, conforme se denota dos seguintes trechos: “Nunca é ocioso repetir: os serviços hospitalares, não puramente médicos, estão mesmo sujeitos ao regramento do CDC. Todavia, considerada a natureza peculiaríssima do serviço prestado, o CDC não se presta a disciplinar a intervenção pessoal do médico” (KFOURI NETO, 2010, p. 58); e também: “De *lege lata*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos *atos terapêuticos*” (KFOURI NETO, 2010, p. 74).

<sup>38</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>39</sup> 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.



#### 1.4 A responsabilidade civil do hospital

A análise da responsabilidade civil do hospital exige um esforço maior, uma vez que o modo de verificação de sua participação para a ocorrência do dano depende essencialmente da análise da relação contratual existente entre ele, o paciente e o médico.

No que toca aos contornos legais, aplicam-se ao hospital as disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que este se enquadra como fornecedor de serviços. Nesse sentido são a doutrina<sup>40</sup> e a jurisprudência<sup>41</sup>, majoritariamente.

A responsabilidade civil do hospital deve ser analisada tomando-se por baliza três situações distintas: (i) o dano causado em decorrência de serviços prestados diretamente pelo hospital; (ii) o dano causado em decorrência da atuação de médico empregado do hospital; (iii) o dano causado por médico que, contratado pelo paciente, utiliza as dependências do hospital para prestar seus serviços.

Na primeira hipótese, em que o dano é causado em decorrência de serviços prestados diretamente pelo hospital, o que se tem é um contrato de consumo realizado imediatamente entre o paciente e o hospital, de modo que se deve aplicar o disposto no Código de Defesa do Consumidor acerca da responsabilidade do fornecedor de serviço. Significa dizer, nos termos do artigo 14 do Código, que o hospital responde “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”<sup>42</sup>. A previsão de que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa imputa a ele a responsabilidade objetiva pelo defeito do serviço prestado, restando-lhe provar, para eximir-se da obrigação de indenizar, que não houve defeito no serviço, que houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiros ou, ainda, a ocorrência de caso fortuito ou força maior<sup>43</sup>.

Observe-se, nesse tocante, o que escreveram Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor:

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2008), Carlos Roberto Gonçalves (2011), Sergio Cavalieri Filho (2010) e João Monteiro de Castro (2005). Miguel Kfoury Neto, embora opine por uma maior ponderação na aplicação das normas consumeristas aos serviços hospitalares, reconhece sua ocorrência (KFOURI NETO, 2010).

<sup>41</sup> Vide nota nº 06.

<sup>42</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

<sup>43</sup> Embora não estejam previstas no CDC, caso fortuito e força maior, por configurarem hipóteses genéricas de rompimento do nexo causal, também se aplicam às relações consumeristas, conforme se demonstrará em momento oportuno.

A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o §4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. [...] Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem esse privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui, privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. (2006, p. 289)

É exemplo dessa primeira hipótese o dano decorrente de falha no serviço de hotelaria. O mais comum e citado, inclusive, é o caso de paciente que sabidamente sofre de ataques convulsivos, mas não estando devidamente amarrado na cama como se recomenda, cai do leito e decorre daí um dano. Há julgado, por exemplo, apontando a responsabilidade do hospital, por negligência, por lesões decorrentes da queda do leito sofrida por paciente que se submetia à sonoterapia (KFOURI NETO, 2007, p. 91).

É importante observar que muitas vezes o defeito na prestação do serviço do hospital não decorre de um ato praticado propriamente pela pessoa jurídica do nosocômio, mas sim pela equipe de profissionais de saúde por ele contratada, como enfermeiros, técnicos de enfermagem, técnicos laboratoriais, nutricionistas, etc. Nesse caso, aplica-se o disposto quanto à responsabilidade indireta do empregador, já analisada.

Vale lembrar que, nesses casos, se o profissional causador do dano, inclusive médico, for empregado ou preposto do hospital, sendo a instituição acionada a indenizar, fica com o direito de regresso contra o faltoso (CASTRO, 2005). A ação de regresso será melhor tratada adiante, após as considerações necessárias acerca do modo de processamento das ações por responsabilidade médica.

Esclarecida a primeira hipótese, passa-se, pois, a análise da segunda situação, relativa ao dano causado por médico empregado do hospital. Essa situação muito se assemelha à descrita acima nos casos em que o dano é causado por funcionário do hospital nos serviços auxiliares de enfermagem, segurança, hotelaria e laboratoriais, com a peculiaridade de que a obrigação a que se sujeita o médico é obrigação de meio e de que a natureza do seu vínculo com o hospital nem sempre é suficientemente clara quanto à caracterização da relação de emprego ou preposição, de modo que essa situação exige análise mais detida.

Se o médico for empregado do hospital, aplica-se também o disposto no artigo 932, inciso III, do Código Civil, em que o hospital é chamado a responder solidariamente, por força do disposto no parágrafo único do artigo 942<sup>44</sup>, pelo dano causado por seu funcionário

---

<sup>44</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.  
Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932

no exercício do trabalho. Sobre o tema, novamente merece reprodução o ensinamento de João Monteiro de Castro:

Quanto à responsabilidade de médico, interessa particularmente a disposição existente no inciso III, que remete ao empregador ou comitente a obrigação de reparar o dano cometido por empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Pela lei nova, superada a presunção de culpa pela responsabilidade objetiva, o responsável indireto é chamado para compor a reparação civil, ao lado do lesado que se enquadrar nas hipóteses previstas. Melhor explicando, tanto os autores do ato lesivo (empregados serviçais e prepostos) quanto a pessoa que tenha com eles relação jurídica subordinante (empregador ou comitente) são solidariamente responsáveis pela reparação art. 942 do novo CC) do dano causado. (2005, p. 65-66)

E, ainda, quando trata do responsável pela indenização, afirma:

O hospital, ou clínica, responderá solidariamente quando o autor do dano for empregado ou preposto e estiver atuando no exercício das funções a ele cometidas, ou por ocasião dela. (CASTRO, 2005, p. 66)

Resta esclarecido então que o empregador responde objetivamente pelos danos causados por seus empregados no exercício da função, não se tratando mais, no caso, de presunção de culpa<sup>45</sup>.

Importante mencionar que mesmo nas situações em que o hospital responde objetivamente pelo dano causado pelo médico, é indispensável que seja comprovada no caso a culpa do médico responsável pelo dano. Observe-se o que escreveu Miguel Kfoury Neto sobre o assunto:

Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara e provada. (2007, p. 202)

Para ou autor, esse seria o entendimento predominante, decorrente da interpretação sistemática dos dispositivos legais supracitados (KFOURI NETO, 2007). Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência vem, a nosso ver, equivocadamente, considerando subjetiva a responsabilidade do hospital, em decorrência do caráter subjetivo da responsabilidade do médico, que é o autor direto do dano nesses casos.

Miguel Kfoury Neto menciona, com notável empolgação, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se concluiu pela impossibilidade de incidir diretamente sobre a Casa de Saúde a responsabilidade objetiva, pelo fato de que a

---

<sup>45</sup> Ver tópico relativo à responsabilidade civil por ato de terceiro.

responsabilização do hospital decorre da conduta do médico, cuja responsabilidade é aferida subjetivamente. Vejamos:

A decisão é inovadora, em matéria que ainda timidamente aflui ao Judiciário – e abre nova perspectiva à exegese do mencionado artigo. Desconsiderou-se a pessoa jurídica – cuja responsabilidade é objetiva – alcançando-se a pessoa do médico, com o intuito de se verificar se o profissional, mesmo empregado da casa hospitalar, agiu ou não com imperícia, imprudência ou negligência. Noutras palavras, afirmou o órgão julgador que, haja ou não vínculo empregatício, é a análise da atuação pessoal do médico que determinará – ou não – a responsabilidade do estabelecimento. No caso de serviços prestados pelo profissional da medicina, portanto, não incidiria o § 3º do artigo 14 – sempre o § 4º, em qualquer hipótese. (2007, p. 200).

E avança na sua análise sobre o julgado, indicando a possibilidade de revisão do atual entendimento, em razão de a nova conclusão melhor se enquadrar no contexto da responsabilidade médica, comentando:

Em suma, a decisão integra-se com perfeição ao quadro de responsabilidade médica – e sua conclusão, merecedora de nosso aplauso, deverá prevalecer no futuro, como paradigma. (KFOURI NETO, 2007, p. 201)

Sobre o tema, torna-se indispensável trazer à baila também os argumentos de Rui Stocco, expostos no I Seminário Nacional sobre Responsabilidade Civil (IBRAJ, 24.08.1996, Hotel Glória – RJ), também mencionados por Miguel Kfoury Neto, defendendo com muita propriedade e completude o afastamento do caráter objetivo na responsabilização do hospital nos casos de danos causados por médicos prepostos. O trecho, embora longo, é merecedor de transcrição na íntegra:

Em conferência proferida no I Seminário Nacional sobre Responsabilidade Civil (IBRAJ, 24.08.1996, Hotel Glória – RJ) Rui Stocco – com sólido embasamento -, em arremate à exposição, afirma inexistir responsabilidade objetiva do hospital, derivada de erro do médico, preposto do nosocômio: “primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor não se afastou do conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, consagrado em nosso Código Civil”. Segundo, “porque existe diferença fundamental e ontológica entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade presumida”. Terceiro, “porque sendo a responsabilidade do hospital contratual, responderá por ato de seu preposto nos termos do inciso III do art. 932 do Código Civil, que prevê a culpa presumida do empregador ou comitente pelos atos dos seus prepostos. Em quarto lugar, “porque o serviço prestado pelo hospital, quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia ou acompanhamento médico ou ambulatorial, tais práticas são subministradas por médicos, de modo que o que se põe em exame é o próprio trabalho do médico, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina. (...) Por fim, cabe obter-se que a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se asseguram apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício

entre um e outro. Percebe-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de „defeitos relativos à prestação dos serviços (*faute du service*). Tal expressão, embora mal posta no preceito, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultados, de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de „defeito”. Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente de seu causador. (2007, p. 201).

Registre que a análise empreendida por Rui Stocco foi feita à luz do Código Civil de 1916, que previa a culpa presumida do empregador em relação aos atos praticados por seu empregado, situação esta que o Código Civil de 2002 modificou, estabelecendo a culpa objetiva do empregador pelos atos dos seus empregados, conforme visto. De todo modo, a análise feita por Miguel Kfoury Neto (2007), embasada nas considerações de Rui Stocco, já é posterior ao novo Código, e ainda assim para o autor, em decorrência de ser necessária a aferição de culpa do médico preposto para que se obrigue o hospital a indenizar, então incidiria para este último também a responsabilidade subjetiva, calcada na culpa.

Entretanto, o que importa analisar aqui é que não se trata de responsabilidade subjetiva do hospital. Ela é objetiva porque ele é prestador de serviço. O que ocorre é que o hospital não responde objetivamente pelo dano, mas pela conduta do médico. O caso é que para a própria verificação da existência do dano, quando se trata de dano causado por médico que é empregado do hospital, é necessário aferir a culpa do médico, conforme já mencionado, uma vez que se trata de contrato de obrigação de meios, e o dano acaba sendo exatamente a conduta culposa, que configuraria inadimplência do contrato que prevê que ele tem que atuar com diligência a fim de obter o melhor resultado possível, consideradas as circunstâncias fáticas<sup>46</sup>. Então para a configuração do dano, será necessário verificar a existência de culpa do médico para somente então se responsabilizar objetivamente o hospital – isso significa que, provada a atuação culposa do médico, não é necessário provar qualquer culpa por parte do hospital – *in eligendo* ou *in vigilando* – para pleitear dele a indenização, porque a responsabilidade dele sobre o médico não é de mera culpa presumida, mas sim

---

<sup>46</sup> No mesmo sentido, Henrique e Alexandre Araújo Costa: “Apesar de tecnicamente mais adequada, a responsabilização objetiva do hospital desorganiza os conceitos teóricos quando a caracterização do defeito e exige a determinação da culpa do médico. [...] no caso de erro médico, o insucesso do tratamento não é uma indicação de defeito, pois essa é uma obrigação de meio. Quando o paciente demanda o médico e o hospital, postulando reparação dos danos patrimoniais derivados de um tratamento que julgou equivocado, a discussão sobre o defeito termina abrangendo a questão da culpabilidade, pois a definição da adequação do tratamento implica um juízo acerca da negligência, da imprudência ou da imperícia do médico. Isso faz com que, nas causas em que o defeito do serviço é o próprio erro médico, não seja possível manter os limites típicos entre a responsabilidade objetiva do hospital e a subjetiva do profissional. Ocorre, então, uma mistura entre elementos da responsabilidade objetiva do hospital e da responsabilidade subjetiva do médico, que conduz o juiz a precisar decidir simultaneamente os dois temas. Dessa maneira, o fato de tratar-se de obrigação de meio faz com que sejam rompidas as fronteiras típicas entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, o que gera uma grande indefinição acerca do modo correto de processar um pedido conjunto de indenização”. (COSTA, 2008, p.30)

responsabilidade objetiva, ou seja, independe de culpa. A mesma conclusão foi obtida por João Monteiro de Castro:

O enquadramento jurídico do hospital é o de fornecedor de serviços. Pelo artigo 18 do CDC, o hospital (fornecedor de serviços) então, em tese, responde independentemente de culpa pelos danos causados aos pacientes (consumidores) por defeitos relativos à prestação do serviço. Quanto ao médico (preposto ou empregado do hospital), o serviço prestado será tido como defeituoso após a apuração de culpa sua. Portanto, a falha na prestação do serviço do hospital, relacionada com o ato médico, só restará configurada se tiver havido dano por ato culposos de algum dos médicos com o qual tenha relação de emprego ou preposição. O mesmo não ocorre com o contrato de hospedagem do paciente, por exemplo, situação em que incidirá o art. 18 mencionado. (2005, p. 78)

De fato, o que não se pode admitir é que, quando do pleito de indenização por parte do paciente contra o hospital em relação ao ato do médico empregado, se ignore completamente a verificação da atuação culposa deste, pois isso levaria à promoção da obrigação do médico, que é de meio, à obrigação de resultado. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento histórico e amplamente mencionado pela doutrina, em que foi designado para relatar o acórdão o Min. João Otávio de Noronha, exarou entendimento no mesmo sentido, conforme é possível conferir da ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.

(REsp 908.359/SC, Rel. Ministra Nancy Andrigli. Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Seção. Julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Registre-se que o acórdão foi colacionado com o intuito de demonstrar a impossibilidade da promoção de obrigação de meios do médico à obrigação de resultado para o hospital, não devendo ser considerado quanto à relação obrigacional entre preponente e preposto, uma vez que analisou situação diversa, na qual o médico não mantinha vínculo empregatício com o hospital. Nessa preocupação em evitar a transformação da obrigação de meios em obrigação de resultado, o julgado enfatiza o afastamento da responsabilidade objetiva do hospital em relação diretamente ao dano causado pelo médico, não desqualificando de maneira alguma os argumentos acima empreendidos, em que se concluiu que o hospital responde objetivamente pela conduta de seu empregado, dispensando a verificação de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mas não diretamente pelo dano, cuja aferição depende de verificação da conduta culposa do médico.

Por fim, vale lembrar que fica assegurada, obviamente, a possibilidade de regresso do hospital contra o médico, conforme se verá em tópico próprio.

Por outro lado, tratando-se da terceira hipótese acima arrolada, se o paciente busca diretamente o médico e este último é quem contrata com o hospital o fornecimento das instalações físicas e até mesmo de uma equipe auxiliar de profissionais de saúde, então não existe uma relação direta de prestação de serviços entre o hospital e o paciente. É dizer: quem contratou o hospital foi o médico e não o paciente. Neste caso, diferentemente do que ocorre na hipótese anterior, o hospital somente responde, objetivamente, pelos serviços que ele presta diretamente, a exemplo dos equipamentos, a hotelaria e a segurança. Agora, no que diz respeito aos serviços prestados pelo médico, não há responsabilidade solidária do hospital. Ruy Rosado de Aguiar Junior sintetiza bem o tema:

O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.) e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: 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. (2000, p. 154)

No mesmo sentido, João Monteiro de Castro sobre o tema:

Assim, se o médico pura e simplesmente utiliza o espaço físico do hospital, na medida em que não tem vínculo passível de implicar a aplicação das regras da responsabilidade por fato de outrem, o nosocômio não se vê envolvido na obrigação de indenizar por danos causados pelo profissional ao paciente. (2005, p. 170)

O que ocorre é que nesses casos, o hospital atua meramente como locatário do espaço físico e dos aparelhos por ele cedidos para a atuação do médico, que não foi indicado por ele ao paciente e nem mesmo está sob sua supervisão. Nesse caso, o hospital responde tão somente pelos serviços que presta – eventual defeito no aparelho que seria utilizado, por exemplo – e não responde pelos atos praticados pelo médico (KFOURI NETO, 2010).

Vale mencionar que o mero cadastro do médico nos registros do hospital não configura, por si só, vínculo de subordinação e responsabilidade, senão que se trata de mera conduta organizacional do hospital, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgado mencionado logo acima<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Veja-se, novamente, no que interessa, o, REsp. 908359/SC, relator p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, de cuja ementa se tira que “O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.”



## **2 – O PROCESSAMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

### **2.1 Legitimidade ativa**

Quanto à legitimação ativa das demandas relativas à responsabilidade médica, não há dissonância na doutrina e na jurisprudência: é legítimo para propositura da ação aquele que sofreu o dano, a vítima. Mais especificamente, portanto, quem tem legitimidade para propor a demanda é o paciente que sofreu o prejuízo indevido resultante da conduta do médico ou do hospital (KFOURI NETO, 2007). Por isso também é que, ao pleitear a indenização, o autor precisa comprovar o dano sofrido (COSTA A. A.; COSTA H. A., 2008).

Maior discussão poder-se ia ter aqui nos casos em que há o chamado dano reflexo, como ocorre quando o prejuízo indevido é a morte do paciente ou mesmo sua incapacidade absoluta. Nesses casos é inviável exigir-se que a pessoa diretamente lesionada seja autora da demanda, por razões óbvias.

O artigo 943 do Código Civil dispõe que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Disso se tira, então, que no caso de dano que leve à morte do paciente, são legítimos para propor a ação de reparação civil os herdeiros do lesado.

Nesse sentido, afirma Kfouri Neto que:

No pólo ativo da ação de reparação de danos decorrentes da má atuação profissional do médico, figurará a vítima – em caso de lesões, ferimentos incapacitantes, deformidade – e, nas hipóteses de morte, o herdeiro, o parente, ou aquele a quem a lei reconhece o direito de buscar a indenização. (2007, p. 205)

João Monteiro de Castro, por sua vez, assevera que:

O novo Código Civil, interpretados o art. 948, II, combinado com o art. 951, defere indenização, dentre outras também cabíveis, correspondente à prestação de alimentos às pessoas a quem o morto ou lesado os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima, para danos causados por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), no exercício da atividade profissional. Os referidos danos culposos podem ser tanto a morte do paciente, agravamento de seu mal, quanto a lesão ou inabilitação para o trabalho. (2005, p. 38-39)

Miguel Kfouri Neto traz julgado do extinto Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro sobre o tema, no que se decidiu pela legitimidade ativa da irmã para propor ação de reparação de danos morais em decorrência da morte do irmão. Veja-se:

O dano moral poderá ser reclamado pela própria vítima ou, sobrevivendo morte, pelos lesados moralmente. Assim decidiu o TACivRJ: “Responsabilidade civil – Dano moral – Legitimidade da irmã. Não sendo o patrimônio o conteúdo do dano moral, mas sim a dor, a tristeza, a emoção, a saudade e o sofrimento, tem legitimidade para reclamá-lo a irmã em decorrência da morte do irmão, com o qual vivia sob o mesmo teto. O dano moral puro gera obrigação de reparar, à luz do artigo 159 do CC (art. 186 do atual CC), que não distingue entre direitos patrimoniais e não patrimoniais. (2007, p. 206).

Portanto, resta esclarecido que não sendo possível à vítima direta do dano propor a ação, são legítimos também os demais lesados em decorrência do mesmo dano, em virtude do sofrimento compartilhado.

Carlos Roberto Gonçalves não destoa, afirmando sobre a titularidade da ação de reparação de danos morais e materiais, que o titular, em princípio, é a vítima do dano, mas admite-se a possibilidade de ajuizamento da ação pelos terceiros que se julguem reflexamente prejudicados. Ressalva, inclusive, que muitas vezes o terceiro que propõe a ação não tem legitimidade em decorrência da teoria do dano reflexo, mas sim porque ele mesmo é também vítima direta do dano. Sobre o dano material, veja-se:

Compete à vítima da lesão pessoal ou patrimonial o direito de pleitear a indenização. Vítima é quem sofre o prejuízo. [...] Igual direito têm os herdeiros da vítima. [...] Ressalve-se que, em caso de morte de um chefe de família, a esposa e os filhos menores têm legitimidade para pleitear a indenização não na condição de herdeiros do falecido, mas na de vítimas, porque são as pessoas prejudicadas com a perda do esposo e pai. Nesse caso, pois, a indenização é pleiteada *iure proprio*. (2011, p. 359)

E sobre o dano moral, afirma que “além do próprio ofendido, poderão reclamar a reparação do dano moral, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente” (GONÇALVES, 2011, p. 381).

## 2.2 Legitimidade passiva

No âmbito específico das ações de responsabilidade médica, é o pólo passivo que chama mais atenção, em razão das dificuldades que se impõem para sua definição. Miguel Kfoury Neto ressalta o fato de que este tópico relativo à legitimidade passiva, ao contrário do anterior, é “terreno fértil para embates processuais” (2007, p. 206).

Conforme exposto, trataremos dos casos em que o autor propõe a ação em face do médico e do hospital envolvidos no caso, a fim de aumentar as chances de ver seu prejuízo indenizado, constituindo o chamado litisconsórcio passivo, a ser examinado.

Ambos, médico e hospital, por sua vez, se empenharão nas suas defesas em alegar, além da inexistência do dano ou da ausência de nexo de causalidade entre a conduta e

o dano, a ausência de responsabilidade, isto é, a sua ilegitimidade passiva para a demanda. O médico tentando demonstrar a inexistência de culpa ou que o dano decorreu de serviço prestado diretamente pelo hospital, o qual tentará demonstrar que o dano decorreu de culpa exclusiva do médico para, a depender do caso, afastar sua responsabilidade<sup>48</sup> ou viabilizar posterior ação regressiva.

É possível, claro, que em muitas das demandas de reparação civil, médico e hospital sejam corresponsáveis pelo dano, ocasião que os obrigará a partilhar ônus decorrente disso, mas se deve buscar ainda nesses casos, a melhor forma de se apurarem as responsabilidades de cada um.

Entretanto, é possível também que a situação se enquadre em uma das hipóteses em que um ou outro não seja passível de responsabilização, não podendo, portanto, figurar no pólo passivo da demanda, conforme se verá quando da análise do processamento da demanda. Cabe ao juiz, portanto, nesses casos, verificar se cada uma das pessoas apontadas como rés na inicial do autor preenchem o requisito de legitimidade para a causa, a fim de se examinar se eles poderão ou não figurar como litisconsortes no processo.

Para que se faça posteriormente essa análise, será indispensável, portanto, além de caracterizar a responsabilização de cada um dos envolvidos, verificar o tipo de relação existente no pólo passivo. Para tanto, é necessário conceituar e caracterizar o litisconsórcio e a assistência e, partir disso, verificar as possibilidades processuais deles decorrentes. Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni chamam atenção para o fato de que a caracterização do litisconsórcio é necessária, sobretudo, para a definição do regime jurídico aplicável ao processo:

O regime oferecido pela lei processual brasileira ao litisconsórcio será determinado pela espécie de litisconsórcio que está a se tratar. Em especial, importa para determinar o regime dessa figura de qualificação do litisconsórcio como simples ou unitário, facultativo ou necessário. (2007, p. 168)

### 2.2.1 Litisconsórcio

Litisconsórcio, segundo Arruda Alvim, é a “existência de pluralidade de partes, num mesmo pólo do processo ou em ambos os pólos do processo” (2005, p. 76). Na definição trazida por Arenhart e Marinoni, o litisconsórcio é espécie de cumulação subjetiva da demanda, quando “em ao menos um dos pólos interessados da relação processual é composto

---

<sup>48</sup> Quando cabível, os hospitais invocam a hipótese de relação contratual em que o médico não é empregado seu, existindo somente entre eles um contrato de cessão de instalações físicas e determinados serviços, razão porque não pode ser responsabilizado pelos danos culposos causados por aquele profissional (KFOURI NETO, 2007).

de mais de um sujeito”, destacando que litisconsórcio passivo é o que “ocorre no pólo passivo da relação processual, correspondendo à situação em que se têm vários réus no processo” (2007, p. 160 e 164).

Para a existência do litisconsórcio é necessário o preenchimento de alguns requisitos que viabilizem o processamento da ação. Arenhart e Marioni afirmam que para que a cumulação subjetiva “possa caracterizar-se como litisconsórcio é preciso que tal multiplicidade de sujeitos vincule os sujeitos componentes do pólo de alguma forma, através de certa afinidade entre eles” (2007, p. 164). Nesse sentido, analisando as disposições legais disciplinadoras do instituto, elencam as hipóteses em que é possível a formação de litisconsórcio no processo civil:

Assim terá cabimento o litisconsórcio quando:

- a) Entre os sujeitos houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide: em regra, essa comunhão a que alude a lei, refere-se à comunhão de interesses decorrente do direito material posto em causa, porque o direito subjetivo, concebido diante de certas situações, cria interesses ou obrigações para mais de uma pessoa.
- b) Os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito. Tem-se aqui, também no plano material, situação um pouco mais ampla do que a primeira. Se ali se exigia que o direito (ou a obrigação) fosse o mesmo para os litisconsortes, aqui se tem o caso em que de um mesmo fundamento de fato ou de direito surgem dois ou mais direitos ou duas ou mais obrigações. É preciso, antes de qualquer coisa, não confundir essa espécie de situação com aquela baseada em *atos idênticos*. Aqui se exige que os direitos ou obrigações decorram do mesmo fato, e não de fatos idênticos (hipótese de que trata o inciso IV do art. 46). De outro lado, a figura aqui examinada recairá sempre em situação que ensejaria a conexão de causas (se fossem propostas ações em processos distintos), diante da identidade quanto à causa de pedir, sendo que essa situação é tratada expressamente pelo inciso III do art. 46, mostrando-se, nesse sentido, essa previsão completamente desnecessária.
- c) Entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir (art. 46, III). A conexão, como se sabe, é motivo para reunião de processos, perante um mesmo juízo, para solução harmônica e simultânea dos conflitos de interesse (art. 105 CPC). [...] Assim, a conexão de causas é razão suficiente para, ao invés de se promoverem ações separadas (o que seria, evidentemente, admissível), proporem-se diversas demandas em um único processo, formando-se o litisconsórcio.
- d) Ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (art. 46, IV). Por derradeiro, a última hipótese em que se admite o litisconsórcio (e o mínimo que se exige para a formação dessa cumulação subjetiva) é a existência de afinidade de questões entre os sujeitos litisconsortes, determinadas por pontos comuns, de fato ou de direito. (2007, p. 167-168)

Considerando que as demandas opostas contra médico e hospital pelo paciente que alega ter sofrido dano derivam de um fato produzido num contexto no qual podem estar envolvidos como co-responsáveis o médico e o hospital, a princípio não há óbice para constituição do litisconsórcio nesses casos. Não pela ausência de pressupostos de formação. Faz-se necessário, então, esclarecer de que tipo de litisconsórcio se trata quando a vítima aponta a ambos, médico e hospital, como réus no processo.

Relativamente aos pressupostos de formação do litisconsórcio, ou seja, a imposição legal ou a liberdade de escolha do autor em formá-lo, ele pode ser classificado em necessário e facultativo (ALVIM, 2005). Arenhart e Marinoni estabelecem o conceito de cada um dos tipos de litisconsórcio nesse sentido, escrevendo, quanto ao litisconsórcio necessário, que:

Litisconsórcio necessário é aquele que se forma não pela vontade das partes, mas por determinação de lei, ou pela própria natureza da pretensão à tutela do direito deduzida em juízo (art. 47 do CPC). A não formação desse litisconsórcio importará a impossibilidade de se examinar o mérito da pretensão deduzida, devendo o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito (art. 47, parágrafo único do CPC). (2007, p.165).

O litisconsórcio necessário, portanto, é aquele indispensável para a existência do processo, decorrente de imposição legal ou da própria exigência da lide, de forma que a sua não formação implica necessariamente a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que é impossível julgar-se o mérito sem a participação dos interessados diretos. Assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

O litisconsórcio facultativo, por outro lado, depende da iniciativa das partes, por uma questão de conveniência, como um modo de facilitar a solução da controvérsia. Novamente com Arenhart e Marinoni:

[O litisconsórcio facultativo] somente se forma por iniciativa e vontade das partes. Não há nada – seja lei, seja a própria natureza da relação jurídica material objeto do processo – que obrigue sua formação, decorrendo ela da conveniência das partes. Obviamente, essa “conveniência” deve ser exercida dentro de certos limites, não sendo possível ao autor criar litisconsórcio entre diversos réus, para demandar de cada qual determinado direito sem que haja algum vínculo entre as pretensões. O litisconsórcio, nesse caso, forma-se em razão da oportunidade da parte, mas também fundado em critério de conveniência do Estado em resolver o conflito, em face de quem quer que seja, da maneira mais rápida e completa possível. Se, ao contrário, isso puder gerar mais tumulto do que benefício (em juízo formulado pela lei, através dos critérios deduzidos no art. 46 do CPC), não se autoriza a cumulação. (2007, p. 165).

Importa registrar ainda que o litisconsórcio facultativo, por se tratar de questão de conveniência das partes, encontra sua razão de existência na economia processual, isto é, o objetivo do instituto é facilitar às partes o alcance – célere e seguro – da solução da controvérsia por meio da prestação jurisdicional. É importante verificar, portanto, no litisconsórcio facultativo, se sua formação de fato trará benefícios às partes no processamento da demanda e na solução da controvérsia ou se, ao contrário, acabará justamente por prejudicá-las nesse sentido. Por fim, quanto ao litisconsórcio facultativo, registre-se que, como não há natureza jurídica da pretensão que vincule a atuação desses litisconsortes, eles deverão ser tratados autonomamente no processo, em relação à parte adversa (ALVIM, 2005).

Parece, portanto, que o litisconsórcio formado pela presença do médico e do hospital no pólo passivo de uma demanda de reparação de danos é do tipo facultativo, pois não há qualquer imposição legal que determine a presença obrigatória de médico e hospital na demanda de responsabilização civil<sup>49</sup>.

Restaria, pois, averiguar se pela natureza da relação jurídica, o juiz tenha que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, conforme disposição do supracitado artigo 47 do CPC.

Para tanto, é necessária a distinção do litisconsórcio em simples ou unitário, conforme a interdependência dos litisconsortes e o modo de solução da causa. O litisconsórcio será simples sempre que a atuação dos litisconsortes for independente uma da outra, havendo possibilidade de o juiz analisar e julgar a causa de maneira distinta para cada um deles (ARENHART; MARINONI, 2007).

O litisconsórcio unitário, por sua vez, ocorre quando a natureza da causa impuser uma decisão uniforme a todos os litisconsortes, por versar sobre uma relação jurídica única, apesar da pluralidade de sujeitos. É a natureza da relação que impõe a necessidade de uma decisão uniforme, não uma mera coincidência circunstancial do processo (ARENHART; MARINONI, 2007). Veja-se:

Aqui, sim, é possível que, diante da necessidade de que a solução da causa seja idêntica para várias pessoas, imponha-se o litisconsórcio, ainda que a lei não o determine. E, como já visto, a unitariedade do litisconsórcio decorre não apenas do fato de que a sentença deve decidir a questão de forma uniforme para todos os litisconsortes, mas, sobretudo, da idéia de que essa imposição decorra da unitariedade da relação jurídica material deduzida em juízo. Vale dizer: no litisconsórcio unitário, existe uma relação jurídica material (cuja afirmação é o objeto da demanda) que possui vários sujeitos em um de seus pólos. [...] Impõe-se

---

<sup>49</sup> Vide tópico relativo ao processamento da demanda. Nelson Nery Jr. explica que nos casos em que há obrigação solidária e a demanda é proposta e face de mais de um dos co-obrigados, o litisconsórcio formado é do tipo facultativo, tendo em vista que a demanda poderia ser proposta apenas em face de um deles (NERY Jr. e NERY, 2008).

então a formação do litisconsórcio precisamente porque a relação material deduzida comporta, em um dos pólos, pluralidade de sujeitos. Não importa, aqui, a existência ou não de previsão legal para o estabelecimento do litisconsórcio. [...] E a avaliação destas circunstâncias dependerá de critérios outorgados pelo direito material, que deverá discernir entre situações jurídicas idênticas (feixes de relações jurídicas) e uma situação jurídica única, com pluralidade de sujeitos. (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 172)

Exemplo ilustrativo de litisconsórcio unitário é a ação de anulação de casamento em razão de algum impedimento legal, movida por terceiro, em que os cônjuges figuram necessariamente em litisconsórcio passivo: a natureza da relação constante no processo exige que a decisão – pela procedência, com anulação do casamento, ou improcedência, com sua manutenção – seja uniforme, uma vez que é juridicamente impossível ao juiz anular o casamento em relação a um dos cônjuges, mas mantê-lo válido em relação ao outro.

Daí forçoso concluir que nas demandas de responsabilidade médica também não está preenchido o segundo critério para existência de litisconsórcio necessário, que decorreria da exigência da própria natureza da relação jurídica constante no processo. É que nas demandas de reparação de danos em que figuram no pólo passivo médico e hospital, a natureza da relação jurídica não impõe que o juiz decida de maneira uniforme em relação aos litisconsortes. É dizer, em demandas dessa natureza podem ocorrer diferentes resultados: a condenação somente do médico, a condenação somente do hospital ou a condenação de ambos solidariamente. Esses resultados serão abordados no tópico relativo ao processamento dessas demandas de reparação de danos, em que se discute a responsabilidade de médicos e hospitais. Dessas possibilidades, porém, já é possível concluir também que não se trata no caso de litisconsórcio unitário, mas sim da modalidade simples.

Ainda nas classificações, finalmente, quanto ao momento de formação do litisconsórcio, Arenhart e Marinoni (2007) explicam que ele pode ser inicial ou ulterior. O litisconsórcio inicial é aquele se forma desde o surgimento do processo, indicado na petição inicial, isto é, quando são subscritores da demanda vários autores ou, hipótese tratada no presente trabalho, quando o autor propõe a demanda em face de mais de um réu. De outro lado, litisconsórcio ulterior é aquele que se forma no curso do processo, quando a demanda inicialmente é composta apenas por um autor, em face de um réu, mas as circunstâncias do processo exigem a inclusão de outras partes. Embora as hipóteses de admissão desse procedimento sejam restritas, em razão do princípio da estabilidade da demanda, algumas espécies de intervenção de terceiros levam à formação de litisconsórcio ulterior.

Neste trabalho, nos limitaremos a analisar as demandas em que há a formação do litisconsórcio inicial, quando o autor (paciente) pretende a reparação do dano que julga ter sofrido em face de pelo menos dois réus: um médico e o hospital envolvidos no caso.

Caracterizado, pois, o litisconsórcio formado por médicos e hospitais no pólo passivo das ações de reparação de danos como litisconsórcio facultativo e simples, e delimitada a análise aos casos em que há litisconsórcio inicial no processo, passa-se à análise do regime jurídico decorrente da formação desse instituto.

A caracterização é necessária para a definição do regime jurídico, pois, como afirmam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, “o regime oferecido pela lei processual brasileira ao litisconsórcio será determinado pela espécie de litisconsórcio que está a se tratar”, e continuam, asseverando que “em especial, importa para determinar o regime dessa figura de qualificação do litisconsórcio como simples ou unitário, facultativo ou necessário” (2007, p. 168).

No que diz respeito ao processamento da demanda decorrente da classificação quanto à necessidade do litisconsórcio, a relevância está no fato de que não sendo formado o litisconsórcio quando necessário, isso implicará a extinção do processo sem julgamento de mérito, em vista do já citado artigo 47 do CPC, não sendo relevante para outros aspectos processuais (ARENHART; MARINONI, 2007). Por outro lado, sendo facultativo o litisconsórcio, o autor poderá desistir da ação com relação a um dos litisconsortes, mantendo a demanda contra os demais sem que estes possam se opor a tanto (ALVIM, 2005). E quanto aos efeitos decorrentes da confissão nesse tipo de litisconsórcio:

Por outro lado, o litisconsorte que confessar, desde que os fatos não sejam comuns aos demais, terá quase sempre – ainda que não necessariamente - a demanda julgada contra si, prejudicando sua ação ou sua defesa; já os demais litigantes em nada serão afetados, pois o juiz deverá decidir a lide com base nas provas pelos mesmos produzidas. O “prejuízo” advindo da confissão ficará circunscrito tão somente ao confitente, não prejudicando nem beneficiando os demais. (ALVIM, 2005, p. 109).

Parece-nos, entretanto, que a observação relativa aos efeitos da confissão está mal colocada no seu texto, uma vez que a consequência mencionada decorre do fato de ser simples o litisconsórcio, e não propriamente de sê-lo facultativo.

De toda sorte, indiscutível relevância tem, para fins de análise do regime jurídico aplicável, a classificação do litisconsórcio como simples e não como unitário.

A regra fundamental de processamento do litisconsórcio está definida no artigo 48 do CPC, segundo o qual “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão



considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”. Arruda Alvim (2005) enfatiza que o âmbito de aplicação deste artigo 48 é, por excelência, o do litisconsórcio simples.

Dessa disposição legal decorre que, no caso de litisconsórcio passivo simples, a relação de cada um dos réus com a parte autora ocorre (ou deveria ocorrer) autonomamente, o que significa que a defesa de cada um deles não influencia (ou, ao menos, não deveria influenciar), na defesa do outro. Arenhart e Marinoni tecem excelentes observações sobre o tema, chamando atenção para o fato de que, embora a previsão legal seja de absoluta independência na atuação das partes, a análise desvinculada de cada uma das defesas é praticamente impossível, em razão do próprio fundamento de existência do instituto, que exige um mínimo de afinidade entre as questões discutidas nos autos, sendo inevitável a influência de uma atuação sobre a outra. O trecho merece transcrição:

Sendo simples a figura, cada um dos litisconsortes é considerado parte distinta e autônoma frente aos demais, sendo que os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros (art. 48 do CPC). Em verdade, essa conclusão não condiz efetivamente com a realidade, nem lógica, nem jurídica. É certo que as condutas dos litisconsortes não devem, em princípio, interferir na situação processual dos demais. Todavia, não se pode esquecer que o que está em exame é uma coisa só, e que, ao menos, os litisconsortes se ligam, uns aos outros, por afinidade de questões, calcadas em idênticos pontos de fato ou de direito. Sendo assim, indubitavelmente, em tudo aquilo que seja comum aos litisconsortes – especificamente no que diz respeito ao aspecto probatório do processo –, os atos de um certamente influenciarão a situação jurídico-processual dos demais. [...] Assim, em síntese, para o litisconsórcio facultativo opera razão idêntica àquela que inspira a regra do art. 509 do CPC. Em princípio, os litisconsortes são considerados como sujeitos autônomos. *Porém, sempre que suas razões (da ação ou da defesa) forem comuns aos outros, comunicam-se a todos os que se encontram na mesma situação, beneficiando a todos.* Importa, pois, a homogeneidade dos pontos apresentados: se forem comuns, a independência dos litisconsortes será apenas relativa, sofrendo a interferência, em seus atos processuais, das condutas dos demais. Somente quando os pontos de cada qual forem antagônicos ou absolutamente distintos é que efetivamente a independência de tratamento de cada um dos litisconsortes operará em todo o seu vigor, fazendo com que os atos e omissões de um não prejudiquem nem beneficiem os outros. (2007, p. 170)

Arruda Alvim (2005), analisando as consequências processuais decorrentes do litisconsórcio simples, por sua vez, escreve que cada litisconsorte poderá ter advogado próprio, diferente dos demais, e ainda, que há autonomia quanto ao mérito, decorrente da possibilidade de haver diversidade no teor da sentença de mérito para cada um deles, acrescentando que, a rigor, essa sentença é existencialmente mais de uma, em decorrência do fato de que nesse tipo de litisconsórcio existem tantas lides quantos forem os litisconsortes em um dos pólos da relação. Além disso, e isso na verdade se aplica a todos os tipos de litisconsórcio, o autor afirma que “cada um terá um exame específico tangente aos

pressupostos processuais, que individualmente respeitem a cada um” (ALVIM, 2005, p. 106), viabilizando a possibilidade de eventual extinção da lide para um dos litisconsortes, o que se manifestará pela exclusão deste do processo. Por exemplo, se a responsabilidade pessoal do médico depende da existência de culpa, inexistindo culpa no caso, falta-lhe o pressuposto de legitimidade passiva da demanda, razão porque ele, nesse caso, poderá ser afastado do processo, permanecendo somente o hospital como réu na demanda.

A diferença, portanto, do processamento do litisconsórcio simples em relação ao unitário, está no fato de que neste último os litisconsortes são considerados como uma unidade frente à parte adversária, de modo que os atos de um, se benéficos, beneficiam os demais, e os prejudiciais, além de não prejudicarem os demais, não terão eficácia nem mesmo em relação a quem os praticou, a não ser que todos adiram ao mesmo ato, já que o julgamento, nesse tipo de demanda, deve ser igual em relação a todos os litisconsortes (ARENHART; MARINONI, 2007).

Caracterizado, portanto, o litisconsórcio, passa-se à análise da assistência.

### 2.2.2 A assistência

A assistência, em linhas gerais, é um instituto do Direito Processual Civil que possibilita a participação, no processo, de um terceiro que não atua como parte, em sentido estrito, mas que tenha interesse na satisfação da pretensão de alguma das partes.

A matéria está disciplinada nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil, dividindo capítulo com o litisconsórcio e fora, portanto, do capítulo atinente às espécies de intervenção de terceiros. Para Arenhart e Marinoni, entretanto:

[O Código de Processo Civil] pratica erro ainda mais lamentável ao referir-se à assistência fora da disciplina da intervenção de terceiros – agrupando-a ao trato de litisconsórcio – uma vez que o assistente simples é, ao contrário de tantos outros erroneamente supostos como “terceiros”, verdadeiro terceiro interveniente. (2007, p. 163)

Também este parece ser o entendimento de Arruda Alvim quando este afirma que “na assistência ocorre o ingresso de um terceiro em processo alheio – embora venha a assistência disciplinada fora do capítulo atinente à intervenção de terceiros” (2005, p. 115).

O objetivo da assistência é permitir que esse terceiro que tenha interesse no objeto do litígio, ou até mesmo que seja titular do direito discutido<sup>50</sup>, possa auxiliar a parte assistida no processo, a fim de favorecê-la e aumentar as chances de que ela possa sair vitoriosa.

Importa considerar também que não se trata meramente de interesse aleatório no julgamento da demanda, mas sim de um interesse jurídico, conforme disposição do artigo 50 do CPC<sup>51</sup>, e este deve ser de pronto demonstrado em sua dimensão concreta, a fim de justificar a intervenção no processo, salvo quando já esteja claramente definido em lei (ALVIM, 2005). A dimensão desse interesse, inclusive, significará para a distinção entre os dois tipos de assistência apresentados pelo CPC, assistência simples e a litisconsorcial<sup>52</sup>.

A assistência simples é forma de intervenção em que o terceiro interveniente possui interesse na sentença a ser proferida na solução da lide, seja porque pode prejudicá-lo, seja porque pode beneficiá-lo. Arenhart e Marinoni assim definem:

A assistência simples constitui forma exata de intervenção de terceiro. Nela, um sujeito que se vê na contingência de ser indiretamente prejudicado por uma sentença, é autorizado a ingressar no processo em que ela será proferida para auxiliar uma das partes, e com isso tentar evitar tal prejuízo. [...] Justamente porque o direito em discussão não lhe pertence, ele não pode ser atingido pela coisa julgada (a qual atinge as partes), mas apenas pelos efeitos reflexos da sentença (que atingem o verdadeiro terceiro). (2007, p. 175).

E reforçando a ideia de necessária demonstração do interesse, acrescentam sobre essa modalidade de assistência que:

É preciso que o assistente simples tenha interesse jurídico em sentença favorável ao assistido, seja porque possui interesse na correta interpretação dos fatos e do direito colocados em litígio que diretamente não lhe diz respeito, seja porque possui relação jurídica com o assistido, o qual depende da solução a ser dada ao litígio que deve ser decidido. (ARENHART; MARINONI, 2007, p.176)

No que Arruda Alvim complementa:

O que justifica o ingresso do assistente simples no processo é o seu interesse, seja econômico ou moral, mas há de ser sempre jurídico no sentido de a ordem jurídica

<sup>50</sup> Sobre o tema, leciona Arruda Alvim: “na assistência ocorre o ingresso de um terceiro em processo alheio [...] com a finalidade de colaborar com vistas a melhorar o resultado a ser dado nesse litígio, tendo em vista que a parte que passa a assistir, seja porque tem interesse próprio (art. 50), ou seja porque o seu próprio direito possa ser afetado (art. 54)” (ALVIM, 2005, p. 115)

<sup>51</sup> Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

<sup>52</sup> O CPC, no seu artigo 54, cria a distinção entre as duas espécies de assistência quando dispõe acerca da assistência litisconsorcial. Veja-se: “Art. 54. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. E no parágrafo único: “aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51.”

ter emprestado a esse interesse, econômico ou moral, relevância constante da alusão feita pela lei, caracterizando-o como sendo interesse jurídico, ou contida por compreensão, no sistema. (2005, p. 119)

A decisão de mérito proferida no processo tem, em relação ao assistente simples, efeito semelhante à coisa julgada na medida em que impede esse terceiro de discutir o decidido em eventual processo futuro (ARENHART; MARINONI, 2007). O entendimento decorre do disposto no artigo 55 do CPC, segundo o qual “transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão”, salvo nas hipóteses das exceções previstas nos incisos subsequentes<sup>53</sup>. Ensina Arruda Alvim que:

A relevância da figura da *justiça da decisão*, pois, é a de que, tendo havido processo anterior, tanto a prova, como os respectivos fatos, tais como provados e tidos por verídicos, no processo em que houve a assistência, haverão de ser respeitados pelo juiz, deste segundo processo, salvo nos casos dos incs. I e II do art.55. (2005, p. 127)

No que diz respeito à atuação do assistente simples no processo, leciona Arruda Alvim que ela tem caráter auxiliar e subordinado à atuação do assistido. Segundo afirma, embora o artigo 52<sup>54</sup> do CPC disponha que ao assistente será dado tratamento semelhante ao do assistido, “essa *aparente* identidade não ocorre e tem de ser entendida a partir da distinção entre o assistente *simples* e o *litisconsorcial*” (2005, p. 128).

O assistente simples, então, poderá praticar atos que auxiliem o assistido e nunca que o prejudiquem, sendo que os atos prejudiciais não terão sua eficácia reconhecida pelo sistema, e poderá, ainda, praticar atos que o assistido não tenha praticado, exceto nas hipóteses limitativas do artigo 53<sup>55</sup> do CPC.

No que diz respeito à posição do assistente simples no processo, em que pese a possibilidade de considerá-lo parte, a partir da interpretação a *contrario sensu* do disposto no texto legal, em decorrência do uso da expressão “parte principal” para designar autor e réu, tal conclusão não merece amparo, tendo em vista que o assistente simples não é “seja do ponto de vista substancial, seja do processual, uma parte, tal como é o autor, ou o réu” (ALVIM, 2005, p. 125).

<sup>53</sup> Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebeu o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

<sup>54</sup> Art. 52. O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

<sup>55</sup> Art. 53. A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente.

O assistente litisconsorcial, por sua vez, defende interesse próprio, que é objeto do processo alheio. Arenhart e Marinoni afirmam que “o assistente litisconsorcial é o titular do direito discutido em juízo [...] que ingressa ulteriormente no processo” (2007, p. 173). Por esse motivo, o direito processual concedeu ao assistente litisconsorcial tratamento muito semelhante ao da parte, restringindo-lhe tão somente os poderes relativos ao início da demanda, em razão de ela já estar instaurada e estabilizada quando do seu ingresso no processo (ARENHART; MARINONI, 2007).

Arruda Alvim, caracterizando o interesse do assistente, assevera:

Já na assistência litisconsorcial existe uma pretensão material do assistente sobre o objeto material do processo, mas não pretensão processual pelo assistente deduzida, senão que foi deduzida pelo assistido, mas que, por isso mesmo, está em juízo e também a ele, assistente, diz respeito (tal como se ele a houvesse deduzido). (2005, p. 116)

Em decorrência dessas características atinentes à assistência litisconsorcial, especialmente em decorrência de ser o assistente o titular do direito discutido em juízo, resulta que a eficácia da sentença produzida em relação a ele é semelhante àquela produzida em relação ao assistido (ALVIM, 2005). Significa, portanto, que o assistente litisconsorcial é atingido pela coisa julgada no processo (ARENHART; MARINONI, 2007).

Arruda Alvim chama atenção para o fato de que a assistência litisconsorcial em muito se assemelha ao próprio litisconsórcio unitário. Primeiramente porque, segundo o disposto no artigo 54 do CPC, o assistente litisconsorcial tem relação jurídica com o adversário do assistido “da mesma forma que tem, esse mesmo conflito, o próprio assistido”. A diferença entre os institutos reside no fato de que na assistência litisconsorcial, o assistido “tem legitimidade para agir, em relação à sua própria situação, e cujo agir afeta também a situação jurídica de outrem, que, ingressando no processo, será assistente litisconsorcial”, além do fato de que o assistente ingressa ulteriormente no processo, não lhe alcançando a iniciativa do processo ativamente ou a prerrogativa de ter sido colocado desde logo como réu (2005, p. 117 e 118).

No que diz respeito à atuação do assistente litisconsorcial, ensina Arruda Alvim que ela é “praticamente independente”, já que ele deve ser considerado como detentor da “posição processual de *litisconsorte*, vinculado ao seu assistido em regime unitário” (2005, pp. 121 e 126).

Remetendo-se a análise ao contexto das lides propostas pelos pacientes em face dos médicos e hospitais, temos que na hipótese de figurar somente um deles no pólo passivo

da demanda, o outro poderá atuar na qualidade de assistente, tendo em vista que a decisão a ser proferida no processo, considerando a possibilidade de ação de regresso do hospital para o médico ou do médico para o hospital, é de interesse do outro.

Quanto à caracterização, tratar-se-ia de assistência simples, uma vez que, como se verá adiante, nas lides propostas pelos pacientes em face do médico e do hospital, a exclusão de uma das partes do pólo passivo ocorrerá com base no afastamento de sua responsabilidade naquele caso ou por uma razão de conveniência, decorrente da facultatividade do litisconsórcio, de modo que este terceiro não será titular do direito objeto da lide, mas apenas interessado, em virtude da possibilidade de ação de regresso posterior por parte daquele que figurou como réu. Daí configurado o interesse jurídico, uma vez que a decisão tomada naquele processo pode afetá-lo, autorizando a sua participação como assistente simples.

### **2.3 O ônus da prova**

A concepção tradicional no processo civil, adotada pelo nosso Código no artigo 333, inciso I<sup>56</sup>, é de que cabe ao autor, vítima do dano, provar os fatos constitutivos do seu direito, isto é, no âmbito da responsabilidade civil, a existência do dano, do nexo causal e, se for o caso, a existência de culpa.

Para análise do ônus probatório, entretanto, é importante estabelecer-se no contexto em que foi produzido o dano, o tipo de obrigação que está sendo discutida em juízo, pois na responsabilidade contratual, importa conhecer o objeto do contrato para conhecer seu inadimplemento e, a partir daí, analisar o dano. Humberto Theodoro Jr. ensina:

O fato de ser o contrato enquadrável numa das duas referidas espécies influi sobre a definição do objeto do negócio jurídico, isto é, a configuração da prestação devida, e, conseqüentemente, sobre a conceituação do inadimplemento. (2000, p.115)

Os contratos que versam sobre a prestação de serviços médicos em geral estabelecem, conforme visto, obrigações de meio e excepcionalmente obrigações de resultado.

Na obrigação de meio, o médico se propõe a empregar todos os esforços para a obtenção da cura do paciente, mas não garante a cura em si. Na obrigação de resultado, por outro lado, o contratado se compromete a alcançar um resultado satisfatório. Vejam-se novamente os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr. sobre o tema:

---

<sup>56</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:/ I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Na obrigação de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. [...] Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de se empenhar na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado, não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante. Somente haverá inadimplemento quando a atividade devida for mal desempenhada. (2000, p. 115-116)

O desdobramento disso quanto ao ônus da prova, é que na obrigação de resultado, bastaria ao paciente demonstrar que o resultado proposto não foi alcançado, presumindo-se daí a culpa no inadimplemento. No caso da obrigação de meio, por outro lado, ao paciente caberia demonstrar a existência do dano e, nesse sentido, que o médico não cumpriu com sua obrigação assumida, de empreender todos os meios e cuidados necessários à obtenção do melhor resultado possível na direção da cura (KFOURI NETO, 2005). Nas obrigações de meio, em regra, não há inversão do ônus da prova.

Há casos, porém em que a lei concede ao juiz o poder de determinar a inversão do ônus probatório, em razão da hipossuficiência, econômica ou técnica, de uma das partes na relação jurídica, de modo que passaria a caber ao réu provar a inexistência do direito alegado pelo autor.

A doutrina conhece essa possibilidade de distribuição do ônus da prova como *carga dinâmica das provas* ou *teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova*, segundo a qual a carga probatória não deve ser considerada de maneira estanque, mas sim repartida de modo a recair a obrigação sobre a parte que se encontre em melhor condição de cumpri-la<sup>57</sup>.

Concluiu-se acima que o médico é prestador de serviço, e como tal, não obstante a exceção que resguarda a responsabilidade subjetiva dos seus atos, a ele se aplica o Código de Defesa do Consumidor. Isso justificaria, em razão do disposto no artigo 6º, VIII<sup>58</sup>, a inversão do ônus probatório, em benefício do paciente.

Assim, nas ações que versam sobre responsabilidade médica, entendendo o juiz que a incumbência de provar o alegado se tornaria extremamente onerosa ao paciente, ou até

<sup>57</sup> Flávia Pereira Ribeiro, em seu artigo “A carga dinâmica das provas”, explica que a teoria foi desenvolvida por Jorge W. Peyrano, jurista argentino, a fim de possibilitar a distribuição do ônus probatório no processo à parte que tiver melhores condições de demonstrar os fatos específicos daquela lide, fazendo com que o processo se ajuste o máximo possível às circunstâncias do caso, evitando a ocorrência de “abstrações desconectadas da realidade”. Segundo a autora, embora a teoria não seja alcançada ainda, no Brasil, pelas leis processuais, ela ingressou no direito brasileiro pelo caminho da jurisprudência, e são especialmente aplicadas em duas situações fáticas principais: nas ações contra instituições bancárias, relativamente à apresentação de documentos; e nas ações relativas a erro médico, já que médico e hospital são detentores de toda a memória relativa à enfermidade do paciente, a exemplo dos prontuários, relatórios e demais documentos, além de serem conhecedores também dos procedimentos aplicados àquele paciente, bem como da adequação de tais procedimentos ao que por padrão se recomenda fazer. (RIBEIRO, 2011, p. 1)

<sup>58</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

mesmo impossível, em razão de sua hipossuficiência técnica em relação ao médico e ao hospital, ele pode determinar essa inversão de ônus.

Nesse caso, em se tratando de obrigação de resultado, como a cirurgia estética, caberia ao médico demonstrar a inexistência de dano, ou seja, que o resultado foi atingido ou, por outro lado, provar que houve rompimento do liame de causalidade entre sua conduta e o resultado danoso, isto é, provar a existência de um fato que o exime da responsabilidade de indenizar (KFOURI NETO, 2007).

Na obrigação de meio, por outro lado, seria necessário que ele demonstrasse ter agido com todas as cautelas, utilizando-se de procedimentos padrão normalmente recomendados em casos semelhantes, e empreendido seus esforços no sentido de alcançar o melhor resultado possível, isto é, que não houve culpa de sua parte.

Outra consequência dessa inversão, nesse tipo de obrigação, é a presunção de nexos causal, ou seja, passa a caber aos réus, médico e hospital, demonstrar a inexistência de relação de causalidade entre a conduta questionada e o dano causado (COSTA A. A.; COSTA H. A., 2008). Decorre disso que, nos casos em que não houver elementos suficientes para se concluir pela existência ou inexistência de vínculo causal entre o ato médico e o dano causado, a solução será a condenação dos réus no processo. Miguel Kfoury Neto (2007), tomando isso como um problema, reforça que nesse tipo de ação, é difícil a obtenção de prova cabal, irrefutável, de modo que se os indícios forem convincentes e o médico não conseguir provar a ausência de culpa, a pretensão indenizatória será julgada procedente. Daí também a importância precípua de que os médicos e hospitais mantenham sempre os prontuários atualizados e claros quanto aos procedimentos realizados no paciente, bem como quanto ao seu estado de saúde no início do tratamento e sua evolução em decorrência dele.

Por fim, quanto aos meios de prova, as ações de reparação por dano médico não diferem das demais, sendo comum a inquirição de testemunhas (acompanhantes do lesado ou funcionários do hospital, devendo-se observar sempre eventual caso de suspeição ou impedimento), prova documental, que normalmente se fará por meio de prontuários, relatórios e receitas médicas, eventuais informes se o caso tiver sido objeto de notícia na mídia, inspeção judicial, prova pericial para verificação do dano e da correção dos procedimentos adotados, dentre outras (KFOURI NETO, 2007).



## 2.4 A defesa do médico e a defesa do hospital

Conforme prenunciado na introdução do presente trabalho, a análise aqui empreendida limitar-se-á às ações nas quais o paciente que se julga lesado propõe a demanda em face do médico e do hospital, conjuntamente.

A defesa do hospital, assim como a responsabilidade que lhe compete, depende do tipo de contrato que foi estabelecido entre ele, o médico e o paciente.

Nos casos em que o serviço é prestado diretamente por ele, como os serviços de hotelaria e segurança, conforme já trabalhado, sua responsabilidade é objetiva, segundo os preceitos insertos no Código de Defesa do Consumidor, acerca dos fornecedores de serviço.

Nesse caso, segundo disposição expressa no Código, o hospital poderá se eximir da responsabilidade se demonstrar que (i) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou (ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ou seja, basicamente cabe ao hospital demonstrar que não há defeito no serviço prestado ou que não há nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano gerado.

A primeira hipótese é de difícil demonstração, uma vez que, nas relações médicas, a prova existência do dano, considerado como um prejuízo indevido, já aponta para a existência de um defeito no serviço, se não se configurar, claro, alguma das demais hipóteses constantes do dispositivo (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro) ou ainda a ocorrência de caso fortuito ou força maior, como se verá adiante.

A hipótese de culpa exclusiva do consumidor seria possível, por exemplo, nos casos em que o paciente deixa o hospital com recomendações de cuidado e, por decisão sua, não as observa corretamente, vindo a ocasionar o dano. É o caso, por exemplo, do paciente que, vítima de fratura exposta e submetido a tratamento de imobilização por meio de gesso, o retira por conta própria, antes do tempo recomendado e com objetos inapropriados, levando à necessidade de amputação do membro fraturado. Carlos Roberto Gonçalves demonstra como, nesses casos, o liame de causalidade entre a conduta do acusado e o dano produzido resta rompido:

Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima. (2011, p. 463)

A hipótese de culpa exclusiva de terceiro, também passível de demonstração, seria no caso, por exemplo, de algum amigo ou parente da vítima, ainda que por solicitação

sua, interferisse no tratamento de modo a prejudicá-lo, mesmo que tenha a intenção de tornar o tratamento mais confortável ao paciente. É o caso, por exemplo, do parente que administra remédios para amenizar a dor quando o médico não os recomenda, por serem incompatíveis ou prejudicarem a atuação dos remédios utilizados para o tratamento principal. Entretanto, ainda assim poder-se-ia cogitar de falha do hospital no seu dever de vigilância deixando de impedir a administração de remédios ao paciente, ainda que por parente seu<sup>59</sup>. Carlos Roberto Gonçalves explica os casos em que o ato exclusivo de terceiro se comporta como eximente, fazendo alusão às excludentes genéricas de ilicitude:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano. (2007, p. 466)

Há também a hipótese de o hospital tentar se eximir da responsabilidade alegando culpa exclusiva de terceiro em relação ao médico, ao enfermeiro ou ao técnico responsáveis pelo paciente. Entretanto, a partir dos já analisados pressupostos da responsabilidade do hospital sobre seus empregados concluímos que essa alegação somente seria procedente nos casos em que o médico responsável pelo paciente não mantém vínculo de preposição com o hospital, tendo, aquele, contratado diretamente com o paciente e somente se utilizado das dependências e aparelhos do nosocômio para prestar seus serviços<sup>60</sup>. Nos casos em que o médico for empregado do hospital, ou que o dano tenha derivado de conduta do enfermeiro ou do técnico responsáveis pelo paciente – porque esses profissionais são também empregados – o hospital é responsável solidário, podendo a vítima demandar contra ele<sup>61</sup>, cabendo-lhe tão somente a possibilidade de posterior ação de regresso a fim de, nos casos em que houver dolo ou culpa do empregado, demandar contra o causador direto do dano o prejuízo que sofrera na reparação da vítima.

<sup>59</sup> Caberia aqui analisar se o ato praticado por terceiro nesses casos se configuraria um fortuito interno ou um fortuito externo, a fim de se apurar a previsibilidade do acontecimento e, a partir daí, a existência ou não de responsabilidade do hospital de se prevenir contra ele, como dever de vigilância. Carlos Roberto Gonçalves é quem, novamente, explica: “Modernamente se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno, não” (2011, p. 474).

<sup>60</sup> Miguel Kfoury Neto resume criticamente a postura dos hospitais nesses casos: “A relação seria meramente locatícia ou de comodato: alugam ou cedem suas instalações a médicos estranhos ao seu quadro funcional – pretendendo, assim, eximir-se de qualquer responsabilidade advinda da atuação desses profissionais”. (2007, p. 206)

<sup>61</sup> Conforme lição de Miguel Kfoury Neto: “Em suma, existindo vínculo empregatício entre o médico e a casa hospitalar, a vítima demandaria a reparação em face do estabelecimento, apenas provada a efetiva ocorrência do dano – incumbindo ao hospital provar as excludentes do art. 14, § 3º, como único modo de se exonerar do encargo”. Acrescente-se, conforme já assinalado, que nesses casos, como a obrigação do médico é de meio, a própria demonstração do dano depende da existência de culpa sua, de modo que caberia ao hospital também eximir-se da responsabilidade demonstrando não ter havido culpa do médico e, portanto, não ter havido dano.

Vale lembrar que nesses casos, em que o médico é empregado do hospital, a responsabilização deste depende da demonstração de culpa de seu preposto, uma vez que esta é imprescindível para a configuração do dano, conforme se concluiu no tópico relativo à responsabilidade civil dos hospitais, de modo que seria possível ainda, ao hospital, demonstrar a inexistência de culpa de seu preposto, afastando assim o dever de indenizar. Essa, entretanto, seria uma situação contraditória para o hospital, uma vez que somente lhe será possível intentar ação de regresso contra o profissional faltoso nos casos em que houver a culpa deste, de modo que para viabilizar posterior ação regressiva, o hospital precisaria demonstrar a existência de culpa do seu preposto (COSTA A. A; COSTA H. A., 2008).

Por fim, importa salientar que, a despeito de não estarem previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor – e embora parte da doutrina não admita essa alegação pela defesa nas relações de consumo<sup>62</sup> – o hospital também se exime da obrigação de indenizar se demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior<sup>63</sup>, uma vez que se trata de excludentes genéricas de ilicitude e princípios básicos do direito, sendo fatores de rompimento do nexo causal e aplicáveis, portanto, também às relações de consumo. Esta é a melhor orientação doutrinária e, ainda, a orientação admitida na jurisprudência. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

A excludente de força maior não foi inserida no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor. Mesmo assim, a arguição da aludida excludente é admitida pela jurisprudência, pois o fato inevitável rompe o nexo de causalidade, especialmente quando não guarda nenhuma relação com a atividade de fornecedor, não se podendo, destarte, falar em defeito do produto ou do serviço. (2011, p. 287)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

<sup>62</sup> O artigo 12 do CDC, ao dispor sobre as excludentes de responsabilidade, afirma que o fornecedor de serviços “só” não responde se provar que não houve defeito ou, ainda, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. O argumento para afastar a incidência das excludentes genéricas – caso fortuito e força maior – nas relações de consumo seria o de que o Código, ao utilizar a expressão “só não responde” estaria criando um rol taxativo de eximentes, excluindo, por conseguinte, qualquer outra hipótese não arrolada naquele dispositivo.

<sup>63</sup> Os institutos são tratados como sinônimos pelo Código Civil na maioria dos dispositivos em que mencionados, havendo diferenciação somente no tocante ao fato do animal, hipótese não abrangida pelo presente estudo, razão porque não serão empreendidos esforços no sentido de diferenciá-los, ficando somente com o apontado por Carlos Roberto Gonçalves: “O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima” (2011, p. 273).

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
  3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.
  4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.
- Recurso Especial a que se nega provimento.  
(REsp 1180815/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

E ainda se pode notar de trecho da ementa do acórdão proferido no Recurso Especial nº 120.647, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, segundo o qual “o fato de o art. 144, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas”<sup>64</sup>.

Ao médico, por sua vez, caberia demonstrar, assim como ao hospital, a inexistência de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano produzido, ou o seu rompimento, similarmente ao explanado em relação aos hospitais, ou ainda demonstrar a inexistência de culpa.

Nesse caso, o médico deve demonstrar que agiu corretamente, segundo os preceitos da ciência médica, e adotando os procedimentos padrão indicados para situações semelhantes, se houver. Confira-se, por fim, ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema:

Em conclusão: diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que o profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. (2010, p. 386)

## 2.5 O processamento da demanda

A análise das circunstâncias e das responsabilidades de cada um dos envolvidos no caso concreto é que dará elementos a subsidiar a definição das partes legítimas para atuação no processo. Segundo Arenhart e Marinoni:

---

<sup>64</sup> REsp 120.647, 3ªT., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU, 15-5-2000, p. 156.

Mediatamente, portanto, as informações de direito material são relevantes para a fixação não do conceito de parte, mas para a separação que aqui se pretende fazer entre a idéia de parte legítima e terceiro interveniente. É o grau do interesse jurídico que atribui ao sujeito a condição de parte legítima, de terceiro interessado ou, ainda, de terceiro indiferente. (2007, p. 162-163)

No caso das demandas que envolvem responsabilidade médica, a definição mais relevante envolve a verificação dos limites da responsabilidade de médicos e hospitais, a partir da análise do dano e de sua cadeia de causalidade, a fim de se definir corretamente a composição do pólo passivo dessas demandas.

A primeira hipótese diz respeito aos casos em que se verificar que o dano decorreu de uma falha no serviço prestado diretamente pelo hospital, como no caso de um aparelho que apresenta defeitos no momento da cirurgia, ou nos casos de falha no serviço de hotelaria – o paciente ficou sem alimentação, por exemplo – ou de segurança – o paciente caiu do leito. Aqui se estará tratando de responsabilidade objetiva do hospital.

Nesses casos, não cabe discutir a culpa do médico responsável pelo atendimento ao paciente, devendo este ser excluído da situação de réu por ser parte ilegítima para a causa. Isso porque a admissibilidade do litisconsórcio – que, conforme demonstrado, é facultativo – depende da verificação das condições de existência da ação em relação a cada uma das partes integrantes do processo. Nesse sentido, vale a pena trazer o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a advertência, apesar de óbvia, não costuma ser observada pela doutrina e pela jurisprudência:

Refiro-me de modo específico à necessidade de ter presente que a admissibilidade do litisconsórcio depende invariavelmente da *legitimatío ad causam* de cada um dos pretendidos litisconsortes: é preciso que se trate de colegitimados, porque, como é óbvio, se por falta dessa condição da ação determinada demanda não poderia ser julgada pelo mérito isoladamente em um processo, muito menos poderia sê-lo em processo no qual haja duas ou várias pessoas lado a lado como autores ou como réus. Antes de saber se duas ou mais pessoas poderão estar juntas no mesmo lado da relação processual, é preciso saber se cada uma delas poderia de algum modo estar naquele processo, naquela posição [...]. (2009, p. 115)

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseveram, acerca das legitimidade *ad causam*, como condição da ação, que ela deve ser observada tanto no pólo ativo quanto no passivo, sendo que neste último “[pode] ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)” (2007, p. 278).

Desse modo, a ação proposta contra alguém que não seja responsável pelo dano, por não se preencherem os requisitos de nexo causal e, no caso da responsabilidade subjetiva, de culpa, careceria da condição de legitimidade passiva *ad causam* da parte apontada como ré no procedimento. Segundo os mesmos autores: “o Código de Processo Civil faz referências expressas à *carência da ação*, ditando o indeferimento liminar da petição inicial (art.295, incs. II-III e par., inc. III) ou a ulterior extinção do processo em virtude dela (art. 267, inc. VI c/cart. 329)” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2007, p. 279).

Como se trata de litisconsórcio, porém, a ação será extinta somente em relação a uma das partes componentes do pólo passivo, o que se fará por meio de sua exclusão como ré do processo, subsistindo essa ação para o outro litisconsorte.

Nesse caso, portanto, em que os serviços são prestados diretamente pelo hospital e não há possibilidade de se aferir falha na prestação do serviço do médico, este não deve nem mesmo permanecer como assistente no processo, uma vez que não há relação de causalidade entre a sua conduta e o dano causado. Pode, entretanto, o hospital verificar posteriormente se o dano causado decorreu de culpa, *lato sensu*, de algum dos seus funcionários<sup>65</sup> e contra este propor uma ação de regresso.

A segunda hipótese diz respeito aos casos em que o hospital responde objetivamente, mas desta vez o dano decorreu de uma conduta própria do médico empregado seu, que está sujeito à responsabilidade subjetiva.

Nesses casos, conforme visto, o hospital de fato responde objetivamente, mas a própria análise do dano depende da verificação de existência de culpa do médico, de modo que ambos estão ligados ao resultado dano e, portanto, vinculados à cadeia de causalidade.

Diz o Código Civil, no seu artigo 942, parágrafo único<sup>66</sup>, que nos casos elencados pelo artigo 932, dentre os quais está a responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo empregado no exercício da profissão, ambos respondem solidariamente. Nos casos em que há obrigação solidária, segundo o mesmo Código, o credor poderá exigir o pagamento de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente<sup>67</sup>. Aplicando-se ao objeto

<sup>65</sup> Pode, por exemplo, decorrer o dano de dose indevida de medicamento ministrada por algum enfermeiro ou técnico de enfermagem, ou ainda negligência do funcionário responsável pela administração da cozinha em não observar que algum alimento fornecido aos pacientes estava com data de validade vencida, entre outras possibilidades. Miguel Kfoury Neto assegura que “é dever do hospital, também, pôr à disposição dos pacientes pessoal suficiente e qualificado. Tal dever caracteriza obrigação de resultado” (2010, p. 19).

<sup>66</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

<sup>67</sup> Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

de estudo deste trabalho, temos que o paciente poderá mover a ação de indenização contra o médico e o hospital conjuntamente, ou em face de algum deles somente.

Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, na solidariedade passiva, como o credor tem a possibilidade de mover a ação contra um dos codevedores, cobrando a totalidade da dívida, caso ele mova contra mais de um, configurar-se-á um litisconsórcio facultativo, uma vez que sua formação não é obrigatória. Confira-se:

A solidariedade passiva enseja ao credor a possibilidade de mover a ação contra apenas um dos codevedores solidários, para cobrar-lhe a totalidade da dívida. Caso queira mover a ação de cobrança contra mais de um codevedor solidário, o litisconsórcio que se formará será *facultativo*, já que sua formação não é obrigatória: a ação poderia ser proposta contra apenas um deles, porquanto o devedor solidário está obrigado pela totalidade da dívida. (2008, p. 425)

Vimos, quanto ao litisconsórcio facultativo, que este é formado a partir de um juízo de conveniência, fundado na razão de facilitar a solução da lide, garantindo a efetivação dos direitos das partes de maneira mais completa e célere. O que significa, de outro giro, que se a formação do litisconsórcio trazer ao processo “mais tumulto que benefício”<sup>68</sup>, então ele não deve ser formado. Vejam-se novamente, em síntese, as considerações de Arenhart e Marinoni sobre o tema do litisconsórcio facultativo:

[...] esse litisconsórcio somente se forma por iniciativa e vontade das partes. Não há nada – seja lei, seja a própria natureza da relação jurídica material objeto do processo – que obrigue sua formação, decorrendo ela da conveniência das partes. Obviamente, essa “conveniência” deve ser exercida dentro de certos limites, não sendo possível ao autor criar litisconsórcio entre diversos réus, para demandar de cada qual determinado direito sem que haja algum vínculo entre as pretensões. O litisconsórcio, nesse caso, forma-se em razão da oportunidade da parte, mas também fundado em critério de conveniência do Estado em resolver o conflito, em face de quem quer que seja, da maneira mais rápida e completa possível. Se, ao contrário, isso puder gerar mais tumulto do que benefício (em juízo formulado pela lei, através dos critérios deduzidos no art. 46 do CPC), não se autoriza a cumulação. (2007, p. 165).

Na dicção do mencionado artigo 46 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único, “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa”. Portanto, observando o juiz que a manutenção do litisconsórcio passivo facultativo poderá trazer prejuízo ao andamento da ação bem como à solução da controvérsia, poderá ele limitar o número de litigantes, excluindo algum ou alguns deles do pólo passivo. Aqui a exclusão

---

<sup>68</sup> Expressão utilizada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 165).

será feita por motivo de conveniência às partes, tanto para viabilizar a defesa dos réus quanto para garantir a celeridade e a correção no julgamento da demanda, isto é, para garantir a efetividade do direito do autor.

Nas considerações acerca das possibilidades de defesa do médico e do hospital, exarou-se que nos casos em que há responsabilidade solidária, decorrente de dano supostamente causado por médico que mantém vínculo empregatício com o hospital, caberia ao médico demonstrar a inexistência de dano, de nexo causal entre sua conduta e o dano, ou ainda a inexistência de culpa de sua parte, alegando, por exemplo, que o dano decorreu de serviço prestado diretamente pelo hospital. Ao hospital, caberia alegar a inexistência de dano, nexo causal ou culpa de seu preposto para afastar a obrigação de indenizar. Ocorre, entretanto, conforme demonstrado, que o hospital ficaria em situação conflitante, uma vez que, em não sendo possível afastar a obrigação de indenizar, ele precisaria demonstrar a existência de culpa de seu preposto para possibilitar-lhe posterior ação de regresso.

Isso significa que, configurados no caso o dano e o nexo causal, hospital e médico, que dividem o pólo passivo, colocar-se-iam em posições antagônicas no sentido de demonstrar a ocorrência ou inoccorrência de culpa do médico: o médico aludindo o dano a defeito do serviço prestado diretamente pelo hospital, negando sua culpa, e o hospital, por outro lado, tentando demonstrar que o dano decorreu de culpa do médico, a fim de possibilitar a ação de regresso ulterior.

A discussão entre hospital e médico acerca da culpa somente viria a atrasar a compensação do dano sofrido pela vítima, dificultando o processamento da lide, não sendo conveniente nem às partes (especialmente a vítima) nem ao Estado que a indenização compensatória dependa da solução desta controvérsia. Ademais, portando-se dessa maneira, médico e hospital prejudicam-se mutuamente nas suas alegações antagônicas, conferindo mais certeza ainda às alegações do autor de ocorrência de dano e nexo causal, decorrente da conduta de quem quer que seja no contexto médico-hospitalar, garantindo-lhe o direito à indenização.

Assim, considerando que nesses casos há a possibilidade de formação ou não do litisconsórcio em razão da conveniência para a solução da lide, por se tratar de litisconsórcio facultativo, mostra-se mais conveniente que o juiz, a quem a lei conferiu o poder de limitar a formação desse tipo de litisconsórcio<sup>69</sup>, afaste a sua ocorrência, excluindo o médico do pólo passivo da demanda, mantendo ali somente o hospital, que, objetivamente

---

<sup>69</sup> Art. 46. [...] Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.



responsável, tem o dever de indenizar, seja em virtude de defeito no serviço prestado, seja em virtude de dano causado por médico empregado seu.

O médico, por outro lado, não será excluído da lide por completo, pois seu interesse no julgamento daquela demanda ainda existe, uma vez que, configurada sua culpa, será responsável solidário pelo dano. Ele permanecerá como assistente simples, auxiliando o hospital em sua defesa, no sentido de demonstrar a inexistência de dano ou de nexo causal, a fim de afastar ou diminuir a indenização que o hospital deverá suportar, uma vez que caberá a este último ainda a possibilidade de intentar a ação de regresso contra o médico (COSTA A. A.; COSTA H. A., 2008).

Em orientação com finalidade semelhante, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto ao descabimento de denunciação à lide de médico empregado do hospital, em caso de dano produzido durante ato cirúrgico, determinando a permanência exclusiva do hospital no pólo passivo, assegurando-lhe o direito de regresso em ação própria.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CIRURGIA. ERRO MÉDICO. ANESTESIA. DENUNCIÇÃO À LIDE DO PROFISSIONAL E DE SOCIEDADE QUE O REPRESENTA NA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE. CPC, ART. 70, III. EXEGESE.

I. A denunciação à lide prevista no art. 70, III, do CPC, depende das circunstâncias concretas do caso.

II. Na espécie dos autos, não se acha configurado que houve escolha pessoal do autor menor ou de seus responsáveis na contratação dos médicos que o operaram, os quais integravam a equipe que atuava no hospital conveniado ou credenciado por Plano de Saúde, onde se internara aquele para tratamento de doença respiratória, sofrendo paralisia cerebral irreversível durante a cirurgia, devendo, portanto, prosseguir a ação exclusivamente contra o nosocômio indicado como réu pela vítima, ressalvado o direito de regresso em ação própria.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp. 445.845/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Jr. Quarta Turma. Julgado em 09/09/2003, DJU em 13/10/2003).

Nessa ação de regresso, posterior, médico e hospital poderão discutir entre si a causa do dano – se decorrente de ato culposos do médico ou se decorrente de defeito no serviço prestado pelo hospital – a fim de definir-se a quem efetivamente compete o dever de indenizar ou, de outro giro, se ambos concorreram para a ocorrência do dano, devendo cada um arcar com uma parcela do valor indenizatório, na proporção a que tenha dado causa ao resultado danoso.

Esse procedimento é adequado, portanto tanto para os casos em que há responsabilidade solidária, quando o autor da demanda pode exigir de qualquer um dos réus a totalidade da indenização devida, quanto para aqueles em que há causas complementares

decorrentes da conduta do médico e do hospital, isto é, a conduta de nenhum dos dois é capaz de sozinha, produzir o dano, mas a combinação das condutas levou à sua ocorrência, de modo que cada um será responsável por uma parcela da indenização<sup>70</sup>. Como o hospital responde objetivamente pela conduta do médico seu preposto, ele deve ser mantido no pólo passivo da lide, mantendo a guarida da responsabilidade objetiva à vítima do dano, com a diferença de que, na ação de regresso, poderá cobrar do médico não a totalidade da indenização paga, mas apenas uma parcela proporcional à culpa deste último na produção do dano.

Por fim, nos casos em que o médico demandado não for empregado do hospital e o dano decorrer de conduta empreendida por este profissional, sendo a ação indenizatória intentada conjuntamente contra ele e o hospital, quem deve agora ser excluído do pólo passivo da demanda é o hospital.

Nesses casos, a atividade exercida pelo hospital não adentra a cadeia de causalidade que gerou o dano, uma vez que o seu vínculo com o médico não enseja o dever objetivo de garantia, imposto pela lei, pois se trata de mero contrato de cessão de espaço e equipamento para que aquele profissional liberal possa atuar, autonomamente. Conforme visto, não há obrigação solidária do hospital nesses casos, de modo que este não é legítimo para figurar no pólo passivo da ação indenizatória.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente firmado esse entendimento, conforme se nota dos seguintes precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.

I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha. DJe 17/12/2008).

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 764.001/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)

PROCESSO CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA. COMPROVAÇÃO DO DANO. SÚMULA N. 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.

<sup>70</sup> A manutenção do litisconsórcio nos casos em que há causas complementares decorrentes da conduta do médico e do hospital, culminando na condenação conjunta dos réus, contrariaria os interesses da vítima, uma vez que na parcela relativa à responsabilidade do médico, ela perderia a garantia de proteção pela responsabilidade objetiva do fornecedor, no caso, o hospital. Sobre o assunto, Henrique e Alexandre Araujo Costa afirmam que: “Apesar disso, essa a solução dada a alguns processos, especialmente quando os juízes não tomam desde logo a decisão de dar um processamento adequado à causa e decidem apenas ao final as questões relativas ao litisconsórcio. Assim, o processo começa irregular, alonga-se mais do que deveria, restringe as possibilidades de defesa das partes e termina de forma insatisfatória. Portanto, esse é um modo de processamento que deveria ser evitado” (COSTA, 2008, p. 31-32)

1. Não há por que falar em violação dos arts. 131 e 458 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica - seja de emprego, seja de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar.
3. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos - interpretação da Súmula n. 7 do STJ.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.  
(REsp 1019404/RN, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Julgado em 22/03/2011, DJe 01/04/2011)

Esse é um ponto importante a ser analisado, a fim de se evitar que o hospital, como responde objetivamente pelos danos decorrentes de serviços prestados diretamente por ele ou por médico que seja seu empregado, seja impedido até mesmo de produzir provas na lide, atinentes ao afastamento de sua responsabilidade.

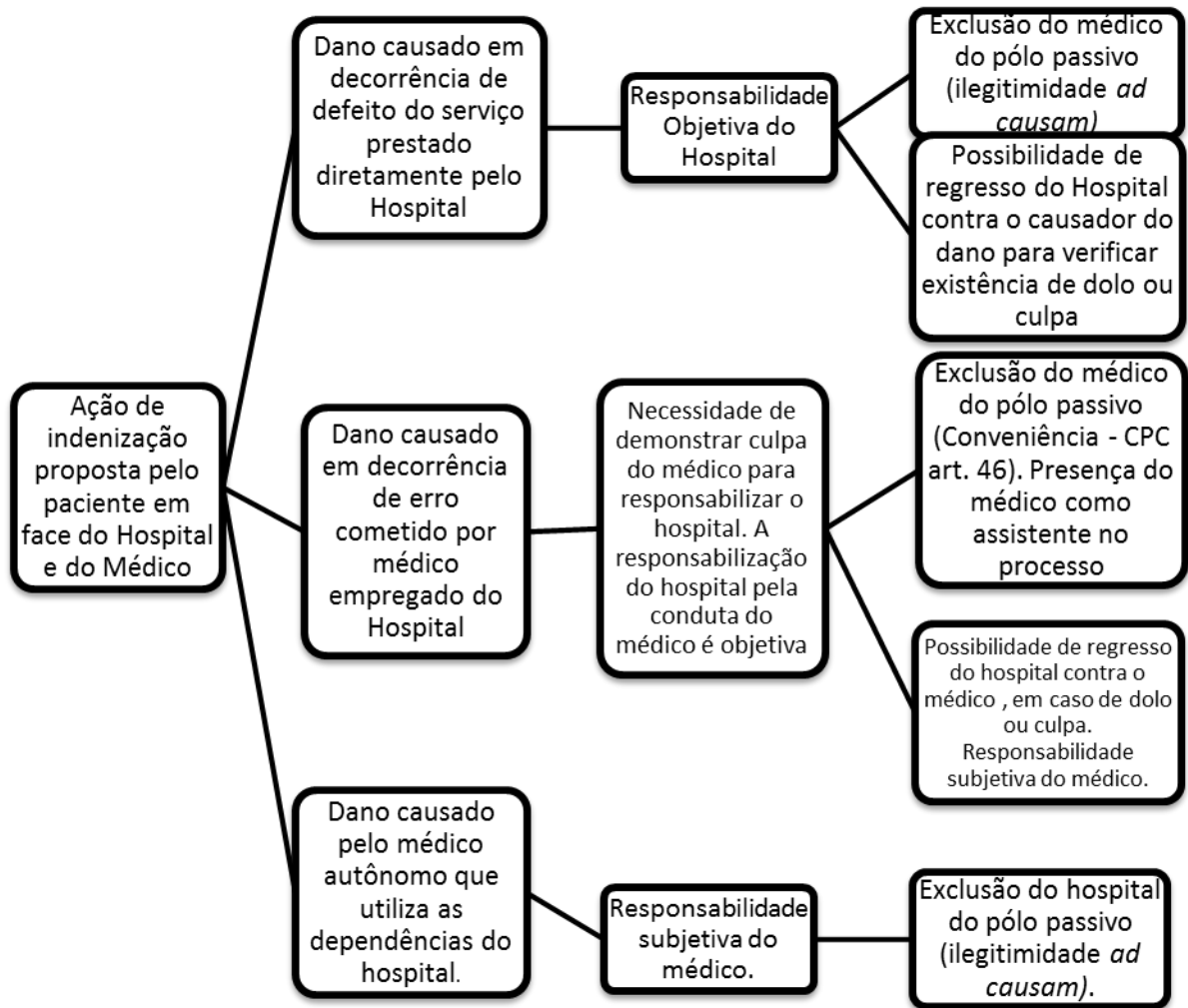
O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido, entendendo configurar cerceamento de defesa a decisão do juiz que impede o hospital de provar sua alegação de culpa exclusiva de terceiro, isto é, que o dano decorreu unicamente de conduta de médico que não mantinha relação de emprego com ele, sob o argumento de que o nosocômio responderia objetivamente. É este o conteúdo do seguinte aresto:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ESQUECIMENTO DE CORPO ESTRANHO NO ORGANISMO DA PACIENTE EM CESÁREA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Já decidiu a Corte que o Juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na cobertura do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego.
2. Recurso especial conhecido e provido.  
(REsp 419.026/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 26/10/2004, DJ 21/02/2005, p. 169)

2.5.1 Esquema acerca do processamento das demandas de responsabilidade civil propostas em face de médicos e hospitais.

A síntese do assunto abordado no tópico anterior aparece descrita no esquema apresentado a seguir.



## 2.6 A ação de regresso

A ação de regresso está prevista no artigo 934 do Código Civil, que dispõe que “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. É o que possibilita que, nos casos de responsabilidade solidária, aquele que efetivamente ressarcir o dano pode mover ação contra o outro, que tenha concorrido para sua ocorrência, para obter deste o seu ressarcimento. Afirma Carlos Roberto Gonçalves (2011) que se trata de direito de justiça manifesta, sendo uma consequência natural da responsabilidade indireta.

Miguel Kfoury Neto explica sobre a ação de regresso que:

Cada um deles, podendo ser demandado pelo todo, pela vítima, dispõe de regresso contra os outros, com vista a estabelecer entre eles o equilíbrio da reparação definitiva. Esse regresso se exercerá por via de ação independente se um dos responsáveis for o único posto em causa e condenado. Se a vítima, porém, exerceu ação, simultaneamente, contra diversos responsáveis, estes poderão, como devedores

solidários, proceder uns contra os outros, para pleitear que a parte conveniente ou adequada do dano seja posta a cargo de seus co-responsáveis. (2007, p. 220)

Dáí porque não é oneroso ao hospital, nos casos de responsabilidade solidária entre ele e o médico, permanecer no pólo passivo da relação enquanto o médico é colocado como assistente simples na lide, porquanto havendo culpa do médico que obrigaria o hospital a prestar indenização, resta-lhe sempre garantida a ação de regresso contra esse médico causador direto do dano, na qual se poderá discutir a real causa do dano e a exata parcela de responsabilidade competente a cada um: médico e hospital.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado no sentido de que nos casos em que o paciente procura o hospital e sofre danos em virtude de erro médico, não cabe denunciação a lide por parte daquele, devendo a discussão acerca da existência de responsabilidade pessoal do médico ser realizada por meio de ação de regresso, em feito separado. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CIRURGIA. ERRO MÉDICO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DE MÉDICOS. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE. CPC, ART. 70, III. EXEGESE.

I. A denunciação à lide prevista no art. 70, III, do CPC, depende das circunstâncias concretas do caso.

II. Na espécie dos autos, se não se acha plenamente configurado que houve escolha pessoal da autora na contratação dos médicos que a operaram, os quais integravam a equipe que atuava no hospital credenciado do SUS, onde se internara após exame em posto de saúde, inexistente razão para tal denunciação, devendo prosseguir a ação exclusivamente contra o nosocômio indicado como réu pela vítima, ressalvado o direito de regresso em feito próprio.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 125.669/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 20/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 365)

Portanto, as decisões acerca da existência de concorrência de causas, de culpa do médico e de defeito no serviço prestado pelo hospital serão realizadas na ação regressiva e indicarão a exata participação de cada um na indenização paga ao paciente, de modo que o médico deverá ressarcir a casa de saúde na proporção em que houver dado causa ao dano.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar os aspectos relativos à responsabilidade civil de médicos e hospitais, a fim de se estabelecerem os limites de cada uma delas e, a partir disso, definirem-se os caminhos processuais mais adequados para o desenvolvimento das demandas propostas em face de médicos e hospitais, simultaneamente, em juízo, que favoreçam o autor no sentido de se ver compensado em seu dano e, ao mesmo tempo, não prejudiquem a defesa dos réus nem possibilitem uma socialização indevida da obrigação de reparar quando algum deles, médico ou hospital, não esteja envolvido na produção do dano.

Primeiramente fez-se necessário definir os conceitos atinentes ao estudo da responsabilidade civil, que muitas vezes se apresentavam de maneira controversa na doutrina e na jurisprudência, a fim de se criar um ambiente conceitual seguro com base no qual se procederia à análise dos limites da responsabilidade civil do médico e do hospital. Foi importante definir também, nesse tocante, o âmbito normativo aplicável ao caso, especialmente no que diz respeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços médico-hospitalares, que também encontrava óbice na obra de alguns autores utilizados para o estudo do tema, especialmente Miguel Kfoury Neto (2010), com sua proposta de subdivisão dos serviços prestados no contexto médico-hospitalar.

Para superar as divergências teóricas e conceituais presentes na doutrina e encontradas ao longo desse estudo, optou-se por seguir o caminho adotado pela jurisprudência, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, não sem as devidas críticas, uma vez que a proposta inicial cuidava de trabalhar os caminhos processuais mais adequados para o processamento das demandas de responsabilidade civil propostas em face de médicos e hospitais, não se podendo, portanto, afastar-se da orientação jurisprudencial quanto às características da responsabilidade de cada um deles.

Posteriormente buscou-se analisar os tópicos relativos ao processo civil pertinentes à análise do tema, em especial a legitimidade passiva para causa e, partindo-se daí, o litisconsórcio e a assistência, a fim de se estabelecerem as possibilidades processuais no enfrentamento das demandas mencionadas acima. O foco estava em se definir, a partir da análise dos limites da responsabilidade dos médicos e hospitais, se ambos se configuravam como partes legítimas para atuar no pólo passivo daquela demanda e, ainda, caso tal requisito estivesse preenchido, se era conveniente às partes que se formasse o litisconsórcio quando

houvesse a obrigação solidária ou se havia outras e mais convenientes possibilidades para o processamento da demanda.

Asseverou-se que nas hipóteses em que não há respaldo legal para a responsabilização do médico, como ocorre nos casos em que o serviço é prestado diretamente pelo hospital, e naquelas em que não há respaldo para a responsabilização do hospital, como nos casos em que o médico contrata com o paciente diretamente e apenas se utiliza das dependências do hospital para prestar seus serviços, não é possível a manutenção do litisconsórcio passivo, devendo, portanto, médico e hospital, respectivamente, serem excluídos do pólo passivo da demanda em razão da ausência de legitimidade para causa.

Por outro lado, verificou-se que há casos em que a lei atribuiu a obrigação solidária de ambos para a reparação do dano causado, como ocorre nos casos em que o médico é empregado do hospital. Delimitou-se que o médico contrata com o paciente uma obrigação de meios e responde subjetivamente pelo descumprimento dessa obrigação, de modo que deve ser analisada a existência de culpa de sua parte para que se possa responsabilizá-lo. O hospital, por outro lado, é responsável objetivamente pela conduta do médico de modo que não é necessário aferir a sua culpa na escolha ou na vigilância desse profissional, embora a própria configuração do dano, que decorre do inadimplemento de uma obrigação de meios assumida pelo médico, dependa da existência de culpa deste último, nos casos em que o dano decorre de sua conduta.

Em decorrência disso e a partir da análise das possibilidades processuais decorrentes da formação do litisconsórcio passivo facultativo, que é o tipo aplicável ao caso, uma vez que se trata de obrigação solidária, entendeu-se ser mais conveniente às partes – porque a lei assim permite – que se proceda à exclusão do médico do pólo passivo, de modo que este passe a atuar como assistente simples na demanda, mantendo somente o hospital como réu. Aos réus a hipótese é mais vantajosa, pois evita que estes se defendam de maneira contraditória, prejudicando-se mutuamente ao tentar, cada um deles, para se eximir, responsabilizar o outro: o médico atribuindo a causa do dano a um defeito do serviço prestado diretamente pelo hospital e o hospital, por sua vez, atribuindo a causa do dano à própria conduta culposa do médico. Ao autor, por outro lado, se torna vantajoso na medida em que sua demanda não se prolongará em virtude das disputas ocorridas no pólo passivo entre os litisconsortes acerca da causa do dano, sendo que os limites específicos de responsabilização individual serão discutidos posteriormente, em eventual ação de regresso que o hospital proponha contra o médico.

Assim foi possível ao final traçar de maneira esquematizada as implicações processuais decorrentes das demandas de responsabilidade civil propostas em face de médicos e hospitais, simultaneamente, em razão de danos causados no contexto médico-hospitalar.

A análise detida dos limites da responsabilidade de cada um deles e as consequências processuais decorrentes disso é útil para que sejam evitadas condenações solidárias ou mesmo a própria manutenção de uma demanda contra uma parte que em nada tenha contribuído para a produção do dano, uma vez que a simples permanência do médico ou do hospital como réus no processo de indenização já traz prejuízos de ordem emocional para o médico e material, para ambos, tendo em vista que macula a imagem do profissional ou da casa de saúde no contexto da prestação de serviços de saúde.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico *in* **Direito e Medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pp. 133-180.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 2: Processo de Conhecimento. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 7ª edição, revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Volume 2: Processo de Conhecimento. 6ª edição rev., atual., e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11/01/2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11/01/2002.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 37**. Corte Especial. Julgado em 12/03/1992, DJ 17/03/1992 p. 3172, REPDJ 19/03/1992 p. 3201.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 387**. Segunda Seção. Julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 696.284/RJ**. Recorrente: Medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda. Recorrido: Tatiana de Mello Biar. Relator: Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 03/12/2009. DJe em 17/12/2009.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento nº 1.229.919/PR**. Agravante: Clínica de Fraturas e Ortopedia XV Ltda. e Outro. Agravado: Anderson Turmina de Lara. Relator Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 15/04/2010. DJe em 06/05/2010.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 81.101/PR**. Recorrente: Jane Carvalho Marquesi. Recorrido: Manoel Augusto Ribas Cavalcanti. Relator Min. Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Julgado em 13/04/1999. DJe. 31/05/1999.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 10536/RJ**. Recorrente: José Ramiro Gialluisi da Silva Sá e Outro. Recorrido: Ilda Mayer Aráquez. Relator Min. Dias Trindade. Terceira Turma. Julgado em 21/06/1991. DJ em 19/08/1991.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 236.708/MG**. Recorrente: Oromar Moreira Filho. Recorrida: Elizabeth Eneida Pacífico Sales. Relator Min. Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. Julgado em 10/02/2009. DJe em 1/05/2009.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 731.078/SP**. Recorrente: Leonard Edward Bannet. Recorrido: Maria Elisa Vaz de Almeida Rapacini. Relator Min. Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 13/12/2005. DJe em 13/02/2006.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 908.359/SC**. Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Recorrido: Maria de Lourdes Amandio Machado. Relatora Min. Nancy Andrichi. Relator p/ acórdão: Min. João Otávio de Noronha. Terceira Turma. Julgado em 27/08/2008. DJe. Em 16/12/2008.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.180.815/MG**. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relator Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em 19/08/2010. DJe. em 25/08/2010.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 120.647/SP**. Recorrente: Francisco Gonzaga Reis. Recorrido: Autoposto Cyborg Ltda. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 16/03/2000. DJe em 15/05/2000.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 445.845/SP**. Recorrente: Hospital Ana Costa S/A. Recorrido: Leonardo Peres Junqueira. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 09/09/2003. DJe. em 13/10/2003.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 719.738/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ana Maria Bresolin. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1113804/RS**. Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Sonia Maria Hoffmann Mattiazzi. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1154737/MT**. Recorrente: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Mato Grosso – SEBRAE/MT. Recorrido: Clóvis Sguarezi e Companhia Ltda. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 325.622/RJ**. Recorrente: Cláudia Sá Rego Ribeiro de Menezes. Recorrido: Master Estacionamento S/C Ltda. Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 125.669/SP**. Recorrente: Hospital São Francisco Sociedade Ltda. Recorrido: Sivirina Moreira Rodrigues. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 20/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 365.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

COSTA, Alexandre Araujo. COSTA, Henrique Araújo. **Erro Médico: Responsabilidade Civil e Penal de Médicos e Hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 4: Responsabilidade Civil. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O Dano Estético (Responsabilidade Civil)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e Seus Efeitos Sobre a Responsabilidade Civil *in* **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Organizadores). Rio de Janeiro, *Lumen Iuris*, 2007.

\_\_\_\_\_. **Danos à Pessoa Humana**. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6ª Ed. revista, ampliada e atualizada até 28 de março de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume II: Teoria Geral das Obrigações. 24ª edição. Atualização de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Volume III: Contratos, Declaração unilateral de Vontade, Responsabilidade Civil. 15ª edição. Atualização de Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **A Carga Dinâmica das Provas**. Sítio eletrônico Atualidades do Direito (<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/2011/08/15/a-carga-dinamica-das-provas/>). Disponibilizado em 15/08/2011, às 11h49. Consultado em 25/10/2011, às 22h16min.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Responsabilidade Civil por Erro Médico *in* **Direito e Medicina:** Aspectos Jurídicos da Medicina. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pp. 111-122.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.