

O erro e a responsabilidade civil por ato médico na cadeia de fornecimento

Guilherme Ferreira da Cruz¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Precedente complexo e paradigmático; 3. Direito positivo; 3.1. Conceito de fornecedor e de serviço; 3.2. Rol dos direitos básicos do consumidor; 3.3. A exceção subjetiva das excludentes de responsabilidade; 4. Pressupostos clássicos; 4.1. Conduta; 4.2. Elemento subjetivo; 4.3. Nexo causal; 4.4. Dano; 4.4.1. Perda de uma chance; 5. Erro médico e sua prova; 5.1. Inversão do ônus econômico da prova; 6. Excludentes de responsabilidade x culpa; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Independentemente da evolução histórica que marca e gradua o instituto da responsabilidade civil, que agora não cabe esquadrihar², é possível inferir - deixando de lado algumas distinções técnico-científicas - que toda essa estrutura parte do adágio *neminem laedere*, ou seja, o dever genérico de não lesar, de não causar dano a outrem.

Mas se esse dever não é observado, seja no âmbito da inexecução de uma prestação assumida (contratual), seja em razão do inadimplemento normativo (extracontratual), surge a obrigação de reparar o prejuízo causado³.

Com precisão, esclarece Silvio Rodrigues que “realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado”⁴.

Daí o conceito proposto por Álvaro Villaça Azevedo: “responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”⁵.

2. Precedente complexo e paradigmático

O caso escolhido para balizar o silogismo que se propõe, após uma análise dos possíveis desdobramentos fático-jurídicos da responsabilidade civil por ato médico, estabelece

¹ Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES-Santos; Pós-graduado em Direito do Consumidor pela EPM. Professor de Direito do Consumidor da Universidade Metropolitana de Santos e do Programa de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior de Advocacia. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

² Cf. Lei de Talião, Código de Ur-Nammu, Código de Manu, Código de Hamurabi (previa a pena de amputação das mãos ou a morte pelo insucesso do médico) e Lei das XII Tábuas.

³ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. Paris, 1939. v. I, n. 1.

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 6, i. 2.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 244.

estruturas referenciais hipotéticas de causa e de consequência visando a dirimir os percalços ordinários que esse tipo de conflito apresenta.

Relevantes os arquétipos, até porque já principiologicamente repetidos pelo intérprete soberano da legislação federal em oportunidade posterior;⁶ no entanto, a expressão “se não concorreu para a ocorrência do dano” inserida no item “ii”, além de ser a mais polêmica, está - no meu sentir - a demandar melhor reflexão acerca do seu potencial alcance. Vejamos, no que agora interessa, a ementa:

A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

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

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).⁷

3. Direito positivo

O nosso Código Civil⁸ define o modelo geral da responsabilidade civil em dois instantes: “a) aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁹ e “b) aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”¹⁰.

Destaque-se que os elementos nucleares são cumulativos: violar direito + causar dano.

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se

⁶ STJ, AgRg no AREsp 768.239/MT, rel. Min. Raul Araújo, j. 16.02.2016.

⁷ STJ, REsp. 1.145.728/MG, rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.06.2011.

⁸ Aprimorando o modelo do art. 159 do Código de 1916.

⁹ CC, art. 186.

¹⁰ CC, art. 927, caput.

restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzarro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados¹¹.

Ganham relevo, ainda, em especial para situar - de modo adequado - a problemática posta, três dispositivos do CDC:

3.1. Conceito de fornecedor e de serviço

Art. 3°. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2°. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

3.2. Rol dos direitos básicos do consumidor

Art. 6° São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13, i. 3.

3.3. A exceção subjetiva das excludentes de responsabilidade

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.

Não há dúvida, portanto, que a atividade médica é regulada pelo CDC, inclusive - como regra¹² - quanto ao prazo prescricional de cinco anos¹³, contados do conhecimento do dano e da sua autoria, para a propositura da ação indenizatória pelo paciente¹⁴.

4. Pressupostos clássicos

São quatro: conduta (ação ou omissão), elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), nexos causal e dano, conquanto possam os dois intermediários - filtros tradicionais da reparação - estar em processo de *erosão*¹⁵.

4.1. Conduta

Interessa, neste tópico, que a ação e/ou a omissão podem decorrer de ato próprio ou de terceiro. Veja-se, a propósito, a disciplina do Código Civil:

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.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Outras não são as balizas do CDC: “Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

4.2. Elemento subjetivo

Dolo é intenção, vontade consciente e deliberada dirigida à violação de um direito e/ou de um dever jurídico; enquanto a culpa é a falta de diligência.

¹² A exceção encontra ressonância na teoria do diálogo das fontes, adotada pelo direito positivo brasileiro (CDC, art. 7º, par. ún).

¹³ CDC, art. 27.

¹⁴ STJ, REsp. 731.078/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 13.12.2005.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-12.

Percuciente, neste particular, é a lição de Carlos Roberto Gonçalves quanto aos graus de culpa:

A teoria subjetiva desce a várias distinções sobre a natureza e extensão da culpa. Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa “levíssima” é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular¹⁶.

Mas não se ponha no oblívio que o legislador brasileiro adotou o modelo romano segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*); contudo, sem relevância no *quantum* reparador, que se mede - quase sempre¹⁷ - pela extensão do dano¹⁸, não pela intensidade da culpa, embora a concorrente interfira na liquidação¹⁹.

A inobservância desse cuidado necessário se manifesta de três formas: a) a imprudência; b) a negligência; e c) a imperícia.

A imprudência é um comportamento ativo/positivo (determina o perigo), ao passo que a negligência é negativa (deixa-se de tomar as cautelas exigíveis, não se faz algo que a prudência recomenda). A imperícia, a seu turno, é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão, lídimo despreparo técnico e prático²⁰.

Lembra Damásio Evangelista de Jesus que se:

[...] o sujeito realiza uma conduta fora de sua arte, ofício, profissão, não se fala em imperícia, mas em imprudência ou negligência. A imperícia pressupõe que o fato tenha sido cometido no exercício desses misteres. Além disso, é possível que, não obstante o fato tenha sido cometido no exercício da profissão, ocorra imprudência ou negligência. A imperícia não se confunde com o erro profissional. É o caso do médico que emprega determinada técnica ao executar uma intervenção cirúrgica em face de escusável erro de diagnóstico²¹.

4.3. Nexo causal

Nexo causal é o liame que se estabelece entre o fato lesivo e o dano (autêntico processo técnico de probabilidade), imprescindível matriz geradora da indenização. Suas principais teorias são: a) da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), por demais genérica a vincular todas as concausas; b) da causalidade adequada (a causa deve ser capaz de produzir o dano, não meramente acidental); c) dos danos diretos e imediatos, inscrita - para alguns - no art. 403 do Código Civil²².

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 475-477, n. 84.

¹⁷ CC, art. 944, par. ún.: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁸ CC, art. 944.

¹⁹ CC, art. 945.

²⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: RT, 2010. p. 89, i. 1.7.

²¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 257-258, i. 5.

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 253-254, i. 5.

4.4. Dano

O dano pode ser conceituado como toda diminuição de patrimônio²³, por óbvio material ou extrapatrimonial.

O prejuízo material, representativo das perdas e danos, tem duas elementares, cumulativas ou não: a) o que o credor efetivamente perdeu (dano emergente) e b) o que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante)²⁴.

Já o dano moral, que tem base constitucional²⁵, é reparável de modo autônomo, mesmo que desdobrado em suas variantes²⁶. Ou seja, como anotei em sede doutrinária, “na composição dos danos derivados do mesmo fato, pode-se chegar à seguinte equação: indenização = dano material + dano moral lato sensu [dano moral stricto sensu + dano à imagem (estético)]”²⁷.

No que tange à sua prova, afirma o sistema jurídico que a perda material não se presume, não pode ser hipotética ou imaginária; e a sua existência - sob ônus exclusivo da vítima²⁸ - há de ser esclarecida no processo cognitivo (de conhecimento), ou seja, na fase seguinte (de liquidação) tão-só o respectivo *quantum* é que será revelado²⁹.

Especifica o Código Civil:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

A disciplina do dano extrapatrimonial é diversa.

Verificada a execução obrigacional imperfeita que ultrapassa o limite do aceitável³⁰, como no erro médico, caracteriza-se o ato ilícito diante da ofensa danosa à esfera de dignidade e aos direitos básicos do paciente consumidor, a quem o Estado deve defender³¹, reprimindo todos os abusos praticados no mercado³², tanto que, “a partir da consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral deve ser entendido como

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 199, i. 10.1.

²⁴ CC, art. 402.

²⁵ CF, art. 5º, V e X.

²⁶ STJ, Súms. 37 e 387.

²⁷ CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008. p. 158, i. 4.1.3.1.

²⁸ CPC, art. 373, I.

²⁹ STJ, REsp. 36.784/SP, rel. Min. Ary Pargendler, j. 13.12.1996; REsp. 35.997/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.06.1994.

³⁰ CC, art. 187.

³¹ CF, art. 5º, XXXII.

³² CDC, art. 4º, II e VI.

sua mera violação”³³. “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”³⁴.

Cumpra-se notar que este especial prejuízo não está circunscrito a um mero fenômeno psíquico, uma sensação psicossomática desagradável conhecida - em sentido amplo - como dor, angústia, sofrimento, tristeza, humilhação (dano subjetivo³⁵). Essa é apenas uma das inúmeras espécies do grande gênero *dano extrapatrimonial*, que também não se esgota na violação dos chamados direitos da personalidade (dano objetivo); afinal, os direitos da personalidade compõem apenas uma parcela do patrimônio imaterial protegido pelo sistema jurídico, mas não a única.

A classificação do dano apenas pelo critério da patrimonialidade não alcança o extenso plano dos danos morais; entretanto, analisando-se a matéria com os olhos voltados à defesa dos consumidores, mais fácil será o entendimento e a compreensão acerca, v.g., do dever de indenizar pela simples falha do produto ou do serviço fornecidos - sem reflexos patrimoniais diretos nem morais, se considerados *stricto sensu* - ou seja, tão-só pela quebra da expectativa legítima da correção, da qualidade e da segurança oferecidas.

É o que se entende como *damnum in re ipsa*, que dispensa prova de maiores consequências, patrimoniais ou morais³⁶. O dever de indenizar decorre - de modo imediato³⁷ - da prova do fato lesivo e da quebra da confiança e da justa expectativa do paciente, cabendo ao juiz valorá-lo, pois “fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”³⁸.

*Despreza-se, assim, a investigação do subjetivo do ofensor (dolo ou culpa), visto que basta a lesão em si mesma. Evidenciada a conduta lesiva, ou definida objetivamente sua repercussão negativa, surge a obrigação de reparar. O dano moral existe no próprio fato violador dos direitos da personalidade da vítima (ex facto), impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva*³⁹.

E como diferenciar *dano moral do mero aborrecimento*?

Com todo respeito, essa teoria do mero aborrecimento foi criada e até hoje é repetida simplesmente para evitar a indenização extrapatrimonial. É um equívoco subjetivo e cômodo. O intérprete, principalmente o juiz, há de evitá-la ao máximo, visto que - como no dito popular - “pimenta nos olhos dos outros é *colírio*”.

O julgador deve se colocar no lugar da vítima e tentar visualizar o que, de fato, ela suportou durante a violação dos seus direitos legítimos, assegurados legal e constitucionalmente.

Vale lembrar que é direito básico do consumidor a *efetiva reparação de danos patrimoniais e morais*⁴⁰, pena de se fomentar o abuso e as iniquidades.

³³ STJ, REsp. 1.328.916/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.04.2014.

³⁴ Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157-159.

³⁶ STJ, REsp. 608.918/RS, rel. Min. José Delgado, j. 20.05.2004.

³⁷ STJ, REsp. 196.024/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 02.03.1999.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, 5ª ed., cit., p. 109.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 203-204.

⁴⁰ CDC, art. 6º, VI.

4.4.1. Perda de uma chance

Algumas vezes a inadequação do ato médico (comissivo ou omissivo) impede tenha o consumidor o melhor tratamento disponível, sem que isso implique - seguramente - o indispensável nexos etiológico de causa e efeito com o mal maior que se instalou.

Essa falha do dever de cuidado, anexo à boa-fé objetiva (vetor do piso ético exigível), compromete os direitos da sua personalidade, conquanto não se ignorem as eventuais e possíveis complicações que escapam à previsibilidade científica.

Incide, aqui, a *teoria da perda de uma chance*, conhecida no direito francês como *perte d'une chance*, visto que do paciente fora suprimido quicá um resultado favorável em plenitude (real e séria possibilidade de êxito). Há, nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba, uma *incerteza contrafactual*⁴¹.

Sérgio Cavalieri Filho, por oportuno, após esclarecer que nesse instituto “o que se perde é a chance de cura e não a continuidade de vida”, preleciona com mestria:

*[...] o problema gira em torno do nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se há erro médico e esse erro provoca ab origine o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico*⁴².

Quando isso ocorre, não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando a prova da certeza da chance perdida (a frustração de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda), não uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória⁴³, esta - como bem autônomo, apesar de subordinado à vantagem que se perdeu⁴⁴ - o objeto de reparação pelo seu proporcional equivalente econômico⁴⁵, a ser objetivamente aferido ou arbitrado pelo juiz, mas sempre de acordo com “as probabilidades envolvidas e a expectativa aleatória almejada”⁴⁶.

Note-se que,

⁴¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p. 31-32, i. 26.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 395, i. 113.9.

⁴³ STJ, REsp. 614.266/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.12.2012; REsp. 1.354.100/TO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2013.

⁴⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 128-131, i. 127.

⁴⁵ STJ, REsp. 1.291.247/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.08.2014; REsp. 1.383.437/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.08.2013; REsp. 1.254.141/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012.

⁴⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 175-181, S. 1, §§ 1 e 2, i. 168 *usque* 174.

se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e [...] o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar⁴⁷.

5. Erro médico e sua prova

Tais premissas são indispensáveis para se compreender, a partir da exceção subjetiva de responsabilidade⁴⁸, como se dará a verificação do erro médico.

Pois bem. O art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90 encerra norma dotada de tónus material, que somente alça contornos processuais se e quando o ônus for efetivamente invertido⁴⁹, antes disso a abstrata preocupação é com a facilitação da defesa do consumidor e com a garantia da paridade de armas⁵⁰ em juízo; tanto é assim que são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”⁵¹.

A se distinguir de outras previsões dispersas na Parte Especial, a exemplo dos arts. 12, § 3º, 14, § 3º, e 38, onde a inversão (ou mera atribuição) opera *ex vi legis*, o instituto só ganha relevo *a critério do juiz, segundo as regras ordinárias de experiência*⁵², dêis que presentes um dos seus requisitos (não cumulativos): a verossimilhança da alegação *ou* a hipossuficiência do consumidor, por isso é *ope iudicis*.

Organizou-se uma forma de apartar o consumidor das dificuldades impostas pelo direito processual comum, que atribui o ônus da prova do fato a quem o alega⁵³, moldura que poderia se revelar desastrosa nas relações de consumo - certamente a ponto de esvaziar a proteção constitucional idealizada - ante a total falta de gerência do consumidor sobre o processo produtivo, cujo único titular é o fornecedor.

Seu espectro de incidência é geral, alcançando todas as situações em que, pela disciplina comum, a prova do fato caberia ao consumidor, inclusive quando o próprio Código faz isso⁵⁴.

A rigor, no caso, serão dois os momentos de produção de prova e, portanto, dois os momentos da averiguação da possibilidade - e necessidade, como vimos - de inversão. O primeiro é o da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o serviço, com a indicação do profissional responsável. O segundo o da culpa do profissional liberal, prestador do serviço. Em ambos os casos a inversão poderá dar-se⁵⁵.

⁴⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 101.

⁴⁸ CDC, art. 14, § 4º.

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima *et al.* *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 61-62.

⁵⁰ Sobre paridade de armas (*waffengleichheit*), cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 244-245, i. 27.

⁵¹ CDC, art. 51, VI.

⁵² CPC, art. 375.

⁵³ CPC, art. 373, I.

⁵⁴ CDC, art. 14, § 4º.

⁵⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 233.

Não há dúvida, assim, que a inversão do ônus da prova é - nestes casos e como abordei em sede doutrinária⁵⁶ - plenamente factível, agora também na perspectiva da legislação comum⁵⁷, sobretudo em razão da cristalina hipossuficiência técnica dos consumidores, alheios às particularidades inerentes ao exercício da ciência médica; todavia, isto não significa certeza de vitória, muito menos torna possível a condenação de alguém sem um razoável juízo de certeza acerca da culpa imputada.

Dois detalhes: a) a simples obrigação de resultado, própria à intervenção médica estética⁵⁸, não converte - *per se* - a responsabilidade médica de subjetiva em objetiva⁵⁹ e b) é ônus do profissional esclarecer, de modo irretorquível, a correção da sua conduta, quanto às informações inclusive, pouco importando tenha ele sido absolvido⁶⁰ ou condenado⁶¹ pelos conselhos administrativos da sua classe (CRM e/ou CFM).

No âmbito do direito à saúde esse inadimplemento formal, por assim dizer, a partir da falha de informação⁶², representa gênese autônoma de culpa porque agride a liberdade e os direitos da personalidade do paciente, passível de reparação autônoma independentemente dos resultados⁶³, também lesivos, que venham a surgir do tratamento não esclarecido de modo satisfatório, por insuficiência total ou parcial⁶⁴, dêis que vinculada à ocorrência de dano pela sua adoção, a ser demonstrada pela vítima ou desconstituída pelo médico.

Pondera, com moderação, Fernando Campos Scaff que,

caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido - a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário -, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem ocorrido por um erro de conduta no procedimento clínico, cirúrgico ou laboratorial prestado, mas sim estarão circunscritos a uma outra ordem de valores, em especial aquela do ressarcimento de danos morais⁶⁵.

O prontuário, neste passo, exsurge como eficaz interlocutor entre o presente e o passado, a permitir - a um só tempo - possa o médico justificar documentalmente suas opções terapêuticas e tenha o juiz a mais precisa reprodução do que antecedeu no sinistro;

⁵⁶ CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223-228, i. 5.2.

⁵⁷ CPC, art. 373, § 1º.

⁵⁸ STJ, REsp. 236.708/MG, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 10.02.2009.

⁵⁹ STJ, REsp. 1.180.815/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010.

⁶⁰ TJSP, AC 3003866-63.2004.8.26.0506, rel. Ferreira da Cruz, j. 06.03.2013. Em igual sentido e também da minha relatoria: AC 0123037-85.2005.8.26.0100, j. 06.03.2013.

⁶¹ TJSP, AC 0001834-43.2009.8.26.0157, rel. Ferreira da Cruz, j. 13.26.2012.

⁶² TJSP, AC 296.012-4/5-00, rel. De Santi Ribeiro, j. 04.11.2008; AC 497.193-4/5-00, j. 16.04.2008; AC 390.175-4/3-00, rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 03.06.2008.

⁶³ STJ, REsp. 467.878/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 05.12.2002; TJSP 0025724-88.2009.8.26.0196, rel. Ferreira da Cruz, j. 03.10.2012; TJSP, AC 0045196-89.2007.8.26.0602, rel. João Pazine Neto, j. 07.02.2012.

⁶⁴ Lembra a professora Teresa Ancona LOPEZ, aula proferida no curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, em 09.09.2009, que na Espanha, mesmo com o resultado final obtido, responde o médico pelos reflexos lesivos não informados do tratamento.

⁶⁵ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

logo, o seu preenchimento imperfeito e/ou lacunoso (não discriminado) firma a culpa do profissional e não pode ser interpretado contra o consumidor⁶⁶.

5.1. Inversão do ônus econômico da prova

O próprio sentido da inversão está em relegar a prova à parte que tenha melhores condições - principalmente técnicas, mas também econômicas - de produzi-la; aliás, são esses os contornos da teoria da carga dinâmica.

Para a teoria da carga dinâmica da prova o que importa, em determinadas situações, não é tanto a posição processual das partes ou seu interesse jurídico em ver admitido o fato probando, mas sim a maior facilidade em sua demonstração, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações sobre os fatos da causa. A teoria não desconsidera por completo as regras gerais de distribuição do ônus da prova. O que procura fazer é flexibilizar essas regras, adaptando-as às peculiaridades do caso concreto e às especificidades das partes litigantes, tornando mais efetiva e justa a tutela jurisdicional⁶⁷.

Aqui surge a questão do ônus econômico da prova. Estaria ele abrangido pela inversão? A eficácia condicionante da Parte Geral do CDC só admite a resposta afirmativa⁶⁸, até porque menos gravosa ao fornecedor⁶⁹, porquanto a prova seria produzida, com possibilidade do seu sucesso inclusive.

A jurisprudência - não se desconhece - oscila, ora admitindo o espectro amplo da inversão, ora negando-o com base na disciplina geral prevista nos arts. 82 e 95 do CPC⁷⁰, o que - sem dúvida - coloca à margem o caráter prevalecente da Lei 8.078/90.

Observe-se: a inversão econômica não impõe que o fornecedor produza essa ou aquela prova. A essência de ônus permanece intacta; no entanto, tal qual orienta o STJ, embora

⁶⁶ TJSP, AC 0001807-27.2009.8.26.0071, rel. Ferreira da Cruz, j. 26.06.2013. Em igual sentido e também da minha relatoria: AC 0013611-57.2008.8.26.0481, j. 06.03.2013; AC 0025724-88.2009.8.26.0196, j. 03.10.2012.

⁶⁷ WATANABE, Kazuo *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

⁶⁸ Ao enfrentar a mesma indagação, esclarece Luiz Antonio Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155-156): “[...] a resposta salta aos olhos: se o sistema legal protecionista cria norma que obriga à inversão do ônus da prova, como é que se poderia determinar que o consumidor pagasse as despesas ou honorários? Uma vez determinada a inversão, o ônus da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e retirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de - obviamente - arcar com o ônus de sua não-produção. Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não-produção da prova?”

⁶⁹ Orienta Kazuo Watanabe *et al.* (Op. cit., p. 10) que, “[...] sendo o consumidor, em tais condições, economicamente hipossuficiente, será ele dispensado dos gastos com as provas. O mais que o magistrado poderá fazer, tal seja o custo da prova a ser colhida, por exemplo, uma perícia especializada e sua impossibilidade prática de realização gratuita, é determinar que o fornecedor suporte as despesas com a prova. O texto legal em análise permite semelhante interpretação, que conduziria a uma solução menos rigorosa que a de inversão do ônus da prova”.

⁷⁰ CPC/73, arts. 19 c.c. 33.

ele não fique obrigado a antecipar os salários do perito, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo consumidor⁷¹.

Perfeitamente possível, então, mas sempre preservando a defesa do consumidor, separar essas duas inversões de ônus: o da prova e o do seu encargo econômico; contudo, se o juiz entender imprescindível a abertura de específica instrução, notadamente a técnica, para conhecer a plenitude do debate travado no litígio (valor do dano causado inclusive), só ao fornecedor suficiente podem ser atribuídos os percalços da produção probatória.

Trata-se, em suma, da adoção, em matéria de direito do consumidor, da carga dinâmica da prova, superando a velha regra do art. 333 do CPC, para que o “risco de não provar” recaia sobre quem estiver mais próximo da prova dos fatos e tenha maior facilidade de demonstrá-los, como no caso de hipossuficiência do consumidor⁷².

6. Excludentes de responsabilidade x culpa

Por este prisma, cabe ao médico a prova de que, *tendo prestado o serviço, o defeito inexistente* (total retidão de conduta) ou que o dano decorreu da *culpa exclusiva do consumidor* (v.g., abandono do tratamento) *ou de terceiro* (v.g., outro profissional, nosocômio, etc.)⁷³.

Fica claro, assim, que a análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa) importa à verificação do nexo causal, dotado de tónus objetivo.

E a responsabilidade/culpa do médico, celetista ou não (no mínimo vinculado por uma espécie de cooperação contratual)⁷⁴, dêis que derivada de ato técnico privativo seu⁷⁵, funciona como liame autorizador - *ipso facto* - da projeção do dever de indenizar sobre o hospital e/ou a operadora de saúde (convênio)⁷⁶.

Ainda que para alguns o credenciamento não possa ser evitado/impedido pelo hospital, na contramão do que de fato se verifica na modulação desse especial e economicamente proveitoso elo profissional/comercial, qualquer dúvida - aqui - há de ser debatida na via de regresso, sem nenhum prejuízo ao paciente consumidor.

Não se deslembre que, embora não haja entre a operadora de saúde e seus sujeitos credenciados uma típica preposição, resta inegável que eles atuam no mercado como titulares da mesma cadeia produtiva, parceiros de negócios coligados por certo vínculo de reciprocidade econômica (unitário e monolítico), numa autêntica rede contratual⁷⁷.

⁷¹ STJ, AgRg. no REsp. 1.042.919/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009. Em igual sentido e da mesma Corte: REsp. 466.604/RJ, j. 07.04.2003; REsp. 435.155/MG, j. 11.02.2003; REsp. 443.208/RJ, j. 11.02.2003; REsp. 437.425/RJ, j. 15.08.2002.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. Contratos de consumo e ônus da prova. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359. (Série GVlaw).

⁷³ CDC, art. 14, § 3º.

⁷⁴ STJ, REsp. 1.216.424/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011; REsp. 258.389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005.

⁷⁵ TJSP, AC 0042888-15.1999.8.26.0100, rel. Ferreira da Cruz, j. 13.03.2013.

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 214.

⁷⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58. (Série GVlaw).

A solidariedade entre eles, portanto, avulta clara como o sol que reluz⁷⁸; daí por que orienta o STJ que “quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam”⁷⁹.

7. Conclusão

A medicina, na linha do preciso magistério do Min. Luis Felipe Salomão, do STJ, passou - ao longo da evolução do homem - de *mágica à arte/ciência* e a ela foi atribuída a finalidade de prevenir, aliviar, tratar e curar enfermidades. O mundo experimentou, nessa nova fase, um movimento pendular na busca do equilíbrio entre a irresponsabilidade quase total (primórdios até o início do século XX) e a exacerbação da responsabilidade do médico (especialmente a partir da década de 1980). Os fatores preponderantes para essa mudança de paradigma foram: a) a sensível piora do ensino médico; b) a *despersonalização* do paciente como reflexo da medicina de massa; c) a explosão de demandas judiciais a questionar esse especial vínculo entre médico e paciente⁸⁰.

Daí a fundamental importância de bem entender as complexas e específicas implicações jurídicas que gravitam em torno da prestação do serviço médico no mercado de consumo, desde antes do início do tratamento até a o pós-alta plena (v.g., ampla informação, consentimento livre e esclarecido, anamnese, diagnóstico, opções terapêuticas, problemas/dúvidas posteriores, etc.).

Isto também na perspectiva dos seus parceiros solidários (hospital e operadora de saúde), pouco importando a existência - ou não - de vínculo de emprego ou de subordinação, pois o liame de cooperação contratual que os atrela basta para autorizar a projeção ampla do dever de indenizar, em prestígio ao direito básico do consumidor à efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais que lhe foram impingidos.

Qualquer dúvida entre os sujeitos da cadeia de fornecimento, únicos beneficiários econômicos da relação obrigacional, há de ser debatida na via de regresso, sem nenhum prejuízo ao paciente; quando, aí sim, será importante esquadrinhar acerca de quem *concorreu para a ocorrência do dano*.

E prova da correção de conduta (inexistência de erro) cabe àqueles que exploram lucrativamente a ciência médica.

8. Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁸ CDC, arts. 7º, par. ún., c.c. 25, § 1º.

⁷⁹ STJ, REsp. 138.059/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.06.2001; REsp. 164.084/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.02.2000.

⁸⁰ SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 295-296, i. 1.

- _____. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Contratos de consumo e ônus da prova. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 214.
- MARQUES, Claudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*. Paris, 1939.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.