

# **RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

---

**ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO\***

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

Sumário:

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade Contratual e Extracontratual. 4. Responsabilidade Médica. 5. Obrigação de Resultado e Obrigação de Meios. 6. Cirurgia Estética Embelezadora e Obrigação de Resultado. 7. Responsabilidade Médica e Código do Consumidor. 8. Inversão do ônus da prova. 9. Contrato de prestação de serviço médico: sujeição a regras da lei consumista. 10. Conclusão.

## **1. INTRODUÇÃO**

Durante muito tempo a Medicina viveu presa aos rigores da tradição e das influências religiosas. Devia o médico conduzir-se da forma mais virtuosa e a sua profissão equiparava-se a um sacerdócio servindo de modelo de conduta moral da sociedade. Essa postura era calcada no *corpus hipocraticum*, constituído por um elenco de normas morais, em que a virtude e a prudência constituíam os seus pilares<sup>1</sup>.

No final do século XIX e início do século passado, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência. Assumindo a condição de médico de família, amigo e conselheiro, participava de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade dos seus serviços e, muito menos, a litigância sobre eles. *“O ato médico se resumia na*

---

<sup>1</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan S/A, 2000.



*relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico)”<sup>2</sup>.*

Nas últimas décadas, porém, ocorreu significativa modificação na relação médico-paciente, caracterizada pela sua despersonalização decorrente da massificação das relações sociais. “A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente dos seus direitos, reais e fictícios, e mais exigente quanto aos resultados”.

“De outro lado, o fantástico desenvolvimento da ciência determinou o aumento dos recursos postos à disposição do profissional; com eles, cresceram as oportunidades de ação e, conseqüentemente, os riscos. A eficácia é o que caracteriza a Medicina moderna, a tal ponto que o médico e o biólogo contemporâneos não se contentam somente em prevenir ou tratar as doenças, mas se propõem a superar a deficiência de uma função natural, substituir esta função ou modificar características naturais do sujeito. Essa eficácia, entretanto, é inseparável de três outros elementos, comumente desconhecidos do leigo: agressividade, perigosidade e complexidade. As expectativas do doente não só por isso se ampliaram: a seguridade social estendeu o uso dos serviços médicos. E o doente, que também é um segurado, confunde facilmente o direito à seguridade como o direito à cura; se esta não ocorre, logo suspeita de um erro médico. Acrescente-se a isso a disposição da mídia de transformar em escândalo o infortúnio, e facilmente encontraremos a explicação para o incremento do número de reclamações judiciais versando sobre o nosso tema, ações facilitadas porque não dependem da quebra de uma relação de respeito e afeto que existia com o médico de família, pois muitas vezes, hoje, o reclamante não teve relação com o médico, ou a teve muito

---

<sup>2</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In “Direito e Medicina”, p. 136, Editora Del Rey.



superficial. Nos EUA, em 1970, 1/4 dos médicos respondia a ações de responsabilidade”<sup>3</sup>.

A nova realidade passou a preocupar a Associação Médica Mundial que, em setembro de 1992, editou a denominada “*Recomendação de Marbella sobre responsabilidade médica*”. A declaração refere-se ao aumento das reivindicações por erros médicos e procura exortar as Associações Médicas Nacionais a buscar meios para solucionar o problema.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Ensina SÉRGIO CAVALIERI FILHO que “*a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*”. A propósito, exemplifica: “*todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano*”.

Há, pois, distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. “*Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação*”<sup>4</sup>.

## 3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Quem infringe um dever jurídico que cause dano a outrem fica, portanto, obrigado a indenizar. Fala-se em responsabilidade contratual se o dever violado tem como fonte uma relação jurídica obrigacional

---

<sup>3</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 136.

<sup>4</sup> CAVARIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, Malheiros Editores, 2002. 3ª Edição. p. 21 e 22.



preexistente, isto é, derivada do contrato. Caracteriza-se a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, quando o dever jurídico violado decorre de um preceito geral do Direito, ou da própria Lei.

No Brasil, o art. 159 do Código Civil regula a responsabilidade extracontratual, enquanto o art. 1.056 a responsabilidade contratual.

Todavia, preleciona SÉRGIO CAVALIERI FILHO que o Código do Consumidor *“superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (CDC, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo”*. Acrescenta que o referido Código provocou uma verdadeira revolução em nossa responsabilidade civil e, por conter normas de ordem pública e de interesse social de aplicação necessária e obrigatória, criou uma sobreestrutura jurídica disciplinar, aplicável a todas relações de consumo, seja no direito público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual. Afirma que *“não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo”*, concluindo: *“a responsabilidade estabelecida no CDC é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”*<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 34.



#### 4. RESPONSABILIDADE MÉDICA

Antes de examinar o tema sobre a responsabilidade médica à luz do Código do Consumidor, convém que seja apreciado à vista do Código Civil.

Como se disse, a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual e, em ambas, o seu pressuposto fundamental é o dano.

A primeira surge com o descumprimento de uma obrigação oriunda do contrato. Está prevista no art. 1.056 do Código Civil:

“Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”.

A responsabilidade extracontratual tem o seu fundamento legal do art. 159 do citado Código:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

A distinção entre essas duas modalidades de responsabilidade é relevante, porquanto produz efeitos no campo probatório, segundo ressalta, com propriedade, SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *“Com efeito, na primeira delas, ao autor lesado cabe tão-somente demonstrar a existência do contrato, seu descumprimento, o dano e o nexo de causalidade, livrando-se o réu da responsabilidade quando o autor não se incumba satisfatoriamente dessa tarefa ou quando ele, réu, demonstra que o descumprimento derivou de causa estranha. Na segunda, aquiliana, delitual, extracontratual, ao lesado impõe-se ainda provar a ocorrência de dolo ou culpa stricto sensu do réu, isto é, que o réu tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia”<sup>6</sup>.*

---

<sup>6</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *In* Direito & Medicina, p. 139 e TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. p. 187.



Cumpra ressaltar que, no caso de médico ou profissional afim, a sua responsabilidade contratual não está prevista, no Código Civil, no capítulo relativo aos contratos, mas no que cuida da liquidação dos danos decorrentes dos atos ilícitos. Trata-se do art. 1.545, nestes termos:

“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento.”

Esse deslocamento do instituto jurídico levou alguns a duvidar da sua natureza contratual, mas não o suficiente para modificar a sua substância, segundo, em definitivo, o qualificou a doutrina, na observação de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Portanto, a responsabilidade do médico situa-se, em princípio, no campo contratual, embora possa ser encontrada no âmbito extracontratual, quando deriva de ato ilícito.

Ressalte-se que o médico, muitas vezes, como servidor estatal ou vinculado à empresa, atende aos beneficiários dos institutos de saúde ou aos empregados do ente privado. Nesse caso, o contrato de prestação de serviços médicos não vincula o médico ao paciente, mas ao ente público ou à empresa.

## **5. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E OBRIGAÇÃO DE MEIOS**

Na esfera da responsabilidade médica, é usual fazer a distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meios. Na obrigação de resultado, o devedor assume a obrigação de obter um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento. Na obrigação de meios, o devedor apenas se obriga a se utilizar da sua habilidade, técnica, prudência e diligência para atingir um resultado, sem, contudo, se comprometer a obtê-lo.

Em regra, a responsabilidade do médico resulta do descumprimento de uma obrigação de meios; todavia, pode ela também



decorrer de obrigação de resultado, como, por exemplo, no caso em que o médico se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar determinada visita. E em hipóteses outras como no caso de raio X e de exames biológicos e laboratoriais de execução simples.

No campo probatório, na obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido. Isso é suficiente para caracterizar o inadimplemento contratual. Para exonerar-se, o devedor há de provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Na obrigação de meios, cumpre ao lesado provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja, que o médico descumpriu com a sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato.

Nesse contexto, salienta, com propriedade, RUI ROSADO DE AGUIAR, que *“tanto na responsabilidade delitual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meios, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto (art. 159), seja porque descumpriu a sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida”*<sup>7</sup>.

## **6. CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO**

Admite-se, de modo geral, que a obrigação do médico é de meios. Cumpre-lhe o dever jurídico de agir com observância da técnica recomendada e das cautelas de estilo. A não-obtenção da cura não significa inadimplemento do contrato. O direito à indenização decorre, em tal caso, não do dano em si, mas de que haja decorrido de comportamento culposo do médico.

Contudo, a cirurgia estética oferece peculiaridade. Quem apresenta estado patológico há de tratar-se para livrar-se das suas sérias conseqüências. Diversa é a situação de quem se encontra com saúde e

---

<sup>7</sup> Op. cit., p. 140.



quer apenas ter aparência mais agradável. Neste caso, dificilmente se submeterá à intervenção embelezadora, se não obtiver razoável garantia de que não sofrerá dano capaz de, no lugar do aformoseamento, ensejar-lhe lesão deformante. É de admitir-se, em tal caso, que o médico deverá ter condição de assegurar, com elevado nível de certeza que, com a intervenção, o resultado pretendido será alcançado ou, pelo menos, não ocorrerá o inverso.

Em caso dessa natureza, ou seja, de responsabilidade relativa à cirurgia estética, a Terceira Turma, em dois precedentes (AgRgAg nº 37.060 – RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro e Resp nº 10.536 – RJ, Relator Ministro Dias Trindade) decidiu que *“contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo dano moral, decorrente da deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito”*.

Ao julgar o Resp nº 81.101 – PR, a citada Turma, por maioria, chegou à mesma conclusão. Ficou vencido o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito por entender que se tratava de obrigação de meio. O Ministro Eduardo Ribeiro reviu a sua posição anterior e concluiu no sentido dos citados precedentes por entender cabível, no caso, a inversão do ônus da prova, com base no Código do Consumidor.

No âmbito da Quarta Turma, ao que sei, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar sustenta que a hipótese inclui-se na modalidade das obrigações de meio<sup>8</sup>.

Penso, porém, que, em qualquer tipo de cirurgia, inclusive a plástica, incluída nesta a estética, a obrigação assumida pelo médico é de meios e não de resultado. A propósito, preleciona, com razão, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, após descrever os vários tipos de cirurgia:

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 151



“Com esse panorama geral é possível, agora, anotar que as diversas subespecialidades cirúrgicas não apresentam entre si diferenças essenciais ou constitutivas. Toda cirurgia é uma forma de tratamento. As cirurgias bem poderiam ser uma subdivisão da terapêutica, que é a arte e a ciência do tratamento.

E assim é, na medida em que as cirurgias são uma forma de tratamento do qual uma parte importante é um contrato para a obtenção do melhor resultado possível, acompanhado da mais competente e ampla informação sobre seus efeitos e resultados previsíveis.

Em qualquer das subespecialidades cirúrgicas exige-se um profissional habilitado, agindo com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação, de forma comparável a outro profissional atuando nas mesmas circunstâncias.

Pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa de melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados; mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas conseqüências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico.

Anote-se, nesse passo, que a literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica, com clareza, que não é possível alcançar 100% de êxito”<sup>9</sup>.

Em suma, ao prestar os seus serviços o médico se obriga a proporcionar ao paciente os cuidados e conselhos recomendados para o seu tratamento, cirúrgico ou terapêutico, com observância das regras, métodos e técnicas recomendáveis para o caso. Se a sua atuação, por si só, não

---

<sup>9</sup> A Responsabilidade Civil em Cirurgia Plástica. Revista de Direito Renovar nº 7, p. 15 e 16. jan. / abr. 1997.



produziu o efeito esperado, não há falar-se em inadimplemento contratual (Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Sérgio Cavalieri Filho).

## 7. RESPONSABILIDADE MÉDICA E CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Embora ainda haja divergência sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, isso em nada altera a responsabilidade do médico, no caso de não cumprimento do contrato.

O certo é que o médico se obriga a prestar ao paciente serviços médicos, para os quais se acha profissionalmente habilitado.

Nessas condições, a relação jurídica médico/paciente está sujeita ao Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/9/1990), configurando relação de consumo.

Com efeito, diz o citado Código que fornecedor é toda pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem, entre outras, atividades de prestação de serviços (art. 3º). Define serviço como *“qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de natureza trabalhista”* (art. 3º, § 2º), e consumidor como sendo *“toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”* (art. 2º).

Nesse contexto, a responsabilidade médica deve ser examinada sob duplo aspecto: a decorrente da prestação de serviço, direta e pessoalmente, pelo médico como profissional liberal e a decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc<sup>10</sup>.

O tema está assim regulado no Código Consumista:

---

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 317.



“art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Segundo se depreende, o caput do dispositivo dispõe sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços, independentemente da extensão da culpa, acolhendo, pois, os princípios relativos à responsabilidade objetiva. Nesse caso, o prestador de serviços só se eximirá da responsabilidade se provar que prestou o serviço, que o defeito inexiste ou que a culpa é exclusiva do usuário ou de terceiro.

Já o § 4º do dispositivo deixa claro que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, nestes incluídos os médicos, é subjetiva e com culpa provada. Portanto, a responsabilidade pessoal do médico *“não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o*



*resultado funesto do tratamento tem por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil”<sup>11</sup>.*

Portanto, a responsabilidade do médico prestador de serviços, por ser subjetiva, inclui-se na única exceção ao sistema da responsabilidade objetiva adotado pelo Código Consumista.

Não há olvidar, porém, que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional médico, não incluindo a pessoa jurídica na qual trabalhe como empregado ou participe como sócio. *“Se vários médicos resolvem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva”<sup>12</sup>.*

## **8. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Se, no tocante ao profissional médico, o Código do Consumidor afastou a responsabilidade objetiva, não chegou, contudo, a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Pela aplicação da regra, cabe ao profissional provar que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho da sua atividade.<sup>13</sup>

A inversão do ônus da prova está elencada no art. 6º da Lei Codificada como um dos direitos básicos do consumidor, constando do seu inciso VIII, que a prevê *“quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.*

Essa inversão do ônus da prova não há, porém, de ser vista *“como regra absoluta e invariável”.* É admitida, em favor do consumidor *“como medida a ser adotada caso a caso, segundo critério do juiz, e sob a condição de se verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência*

---

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, *Op. cit.*, p. 318

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. , 6ª ed, p. 173.



*técnica do consumidor, aferíveis conforme as regras ordinárias de experiência*<sup>14</sup>. Não se pode, pois, afirmar, com base nela, que a culpa do profissional liberal será sempre presumida.

Assinale-se que *“a hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos textos constitutivos do seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor”*<sup>15</sup>.

A regra, no entanto, é a de que cabe ao lesado, seja na responsabilidade contratual, seja na responsabilidade extracontratual, o ônus de provar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

É bem verdade, assinala Ruy Rosado, que *“são consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e, na maioria das vezes, impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo”*. Daí acrescentar: *“O juiz deve socorrer-se de todos os meios válidos de prova: testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos e, principalmente, perícias. Uma das formas de fazer a prova dos fatos é a exibição do prontuário, que todo médico deve elaborar (art. 69, Código de Ética), e a cujo acesso o*

---

<sup>14</sup> THEODORO JR, Humberto. Responsabilidade Civil por Erro Médico. *In* Direito & Medicina, p. 123.

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 324



*paciente tem direito (art. 70). Em juízo, cabe o pedido de exibição; a recusa permitirá ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima (art. 355 e 359, CPC)”. E lembra, citando Luis Adorno, que “Na Argentina, predomina hoje o entendimento de que, ‘em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever’. É o princípio da carga probatória dinâmica, baseado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance. Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento. Tocando ao médico o ônus de provar que agiu sem culpa, não se lhe atribui a produção de prova negativa, apenas se exige dele a demonstração ‘de como fez o diagnóstico, de haver empregado conhecimentos e técnicas aceitáveis, haver ministrado ou indicado a medicação adequada, haver efetuado a operação que correspondia em forma adequada, haver controlado devidamente o paciente, etc.”<sup>16</sup>.*

No julgamento do RESP nº 81.101-PR, antes citado, relativo à ação de indenização por danos decorrentes da cirurgia estética, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu, com base no Código consumerista, a inversão do ônus da prova. É esclarecedor, no tópico, o texto conclusivo do voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

“No plano do direito material pode-se ter como certo que a obrigação do cirurgião plástico é apenas de utilizar-se da melhor técnica, mas isso não afasta que, no plano do direito processual, seja lícito atribuir-lhe o ônus de provar que assim procedeu.

---

<sup>16</sup> Obra citada., p. 146-148



Ter-se-á em conta, para isso, o que acima ficou exposto. O que se pretende obter com a cirurgia estética é algo que se pode dispensar e certamente se dispensará se os riscos foram grandes. Se o profissional dispõe-se a efetuar-la é porque os avaliou e concluiu que não o são. Verificando-se a deformação, em lugar do embelezamento, goza de verossimilhança a assertiva de que a melhor técnica não terá sido seguida, ensejando a aplicação do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Nem haverá qualquer desatenção ao que estabelece o artigo 14, § 4º do mesmo código. A responsabilidade depende da culpa, mas o ônus da prova se inverte. A incidência da norma que admite seja isso feito supõe exatamente que, em princípio, caberia ele à outra parte.

Pelas razões expendidas, peço vênias para conhecer do recurso e dar-lhe provimento para inverter o ônus da prova, o que negou em primeiro grau”.

Aquela mesma Terceira Turma, quando do julgamento do RESP Nº 122.505-SP, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, embora admitindo a tese da inversão do ônus da prova com base no Código do Consumidor, afastou a sua aplicação à vista das circunstâncias do caso concreto. O aresto, então proferido, ficou assim ementado:

“Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade dos profissionais liberais.

1 - No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, § 4º).

2 - A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinado ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3 - Recurso especial não conhecido.”



No tocante à responsabilidade das Cooperativas de Trabalho Médico, há julgados das duas Turmas especializadas, que decidiram a matéria, tendo presentes as normas do Código Consumista, na consonância das seguintes ementas:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.”

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido.”

## **9. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO: SUJEIÇÃO A REGRAS DA LEI CONSUMISTA**

Como se procurou esclarecer, o contrato de prestação de serviços médicos está sujeito a normas do Código do Consumidor, que são cogentes e inafastáveis por vontade das partes. O art. 51 declara nulas de pleno direito as cláusulas abusivas. Após citar algumas, entre elas inclui as que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*.

De outra parte, estatui o art. 47 que *“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”*.

Essas regras têm sido aplicadas, com frequência, especialmente no que se regue aos planos de saúde. Entre outros casos, decidiu o STJ que *“é abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51, IV), a cláusula prevista em*

*contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado*” (Resps nºs 158.728-RJ e 251.024-SP). No mesmo sentido, a cláusula excludente do tratamento de doenças infecto contagiosas, como a AIDS (AGRESP 251.772-SP; RESP nº 234.219-SP).

## 10. CONCLUSÃO

No início desta exposição, tivemos ocasião de observar, que, no curso da história, a relação médico-paciente tem passado por um processo de despersonalização, decorrente da massificação das relações sociais. Ademais, o grande progresso que vem ocorrendo no âmbito das ciências médicas tem gerado por parte dos pacientes expectativa de alcançar o resultado esperado, seja no tratamento clínico, seja no cirúrgico. Essas circunstâncias, entre outras, têm gerado cada vez mais conflito entre médicos e pacientes, a ponto de preocupar a Associação Médica Mundial, que promulgou, em 1992, a denominada *“Recomendação de Marbella sobre responsabilidade Médica”*.

Nesse contexto, afigura-se que devem as entidades médicas, em geral, preocupar-se em instruir os seus associados sobre as cautelas a tomar, seja em termos de redação dos contratos de prestação de serviços, seja em relação a elementos probatórios (redação de prontuários médicos, redação de contratos de prestação de serviços, assinatura de termo de consentimento informado etc.), recorrendo à assessoria de profissionais especializados.

Enfim, deve o prestador de serviços médicos documentar-se adequadamente para evitar a condenação em indenizações por pretensos danos causados a seus pacientes, inclusive danos morais.

Com efeito, as causas indenizatórias, em casos tais, são numerosas em muitos países, especialmente os desenvolvidos, e, no Brasil, são ajuizadas cada vez em maior quantidade.



Devem, ainda, preocupar-se as entidades médicas e seus associados com a celebração de contratos de seguro, evitando ter o seu patrimônio atingido pelo pagamento de indenizações.

Essa é a realidade do mundo atual. Se boa ou má não sei. É a realidade. E como tal há de ser considerada.

Muito obrigado.

