
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO NA EQUIPE
CIRÚRGICA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL À
LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES¹**

***CIVIL RESPONSIBILITY OF THE SURGEON IN THE SURGICAL
TEAM: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS IN THE
LIGHT OF THE THEORY OF THE DIALOGUE OF THE SOURCES***

RENATO BRAZ MEHANNA KHAMIS

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu, Mestrado em Direito à Saúde, da Universidade Santa Cecília.

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI

Doutor em Direito do pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito à Saúde da Universidade Santa Cecília. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito à Saúde da Universidade Santa Cecília. Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília.

¹ O presente artigo é o resultado de estudo realizado no Grupo de Pesquisa “A efetividade dos direitos fundamentais e a efetivação do direito à saúde”, na linha de pesquisa “Judicialização do direito à saúde”.



SAMIRA DA COSTA FONTES

Mestranda em Direito da Saúde na Universidade Santa Cecília. Especialista em Direito Público pela Universidade Potiguar. Membro da Comissão de Direito da Saúde da OAB/Santos. Membro do Grupo de Pesquisa "A efetividade dos Direitos Fundamentais e a Efetivação do Direito à Saúde" (CNPQ).

RESUMO

Objetivos: O presente artigo analisa os casos de responsabilidade civil no âmbito da equipe cirúrgica, com especial destaque para o médico cirurgião-chefe. Busca apresentar uma resposta ao dissenso existente quanto ao tema, isto é, se a responsabilidade é solidária ou individual, subjetiva ou objetiva, o que é feito com base na teoria do diálogo das fontes.

Metodologia: Para atingir essa finalidade utiliza o método dialético, tomando as evoluções normativa, doutrinária e jurisprudencial como teses e antíteses, de modo a apresentar como síntese uma solução dialógica ao questionamento proposto. O procedimento empregado é o bibliográfico, por se tratar de pesquisa amparada em doutrina, leis e jurisprudência disponíveis nos meios impresso e eletrônico.

Resultados: O artigo identifica a modalidade subjetiva como sendo a cabível para a apuração da responsabilidade do cirurgião-chefe, por se tratar da solução que maximiza a eficácia e a aplicabilidade dos dispositivos do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Ética Médica, sem que haja o esvaziamento de qualquer um deles, respeitando a *mens legis* de cada um dos diplomas normativos apontados.

Contribuições: O estudo encontra a solução hermenêutica que se apresenta como a mais razoável, adequada e proporcional para a solução do problema objeto de estudo, na medida em que preserva ao máximo a eficácia e a aplicabilidade dos dispositivos normativos potencialmente aplicáveis ao caso.

Palavras chave: equipe cirúrgica; responsabilidade civil; cirurgião-chefe.

ABSTRACT

Objective: This article analyzes the cases of civil liability within the scope of the surgical team, with special emphasis on the chief surgeon. It seeks to present an answer to the



existing dissent on the subject, that is, whether the responsibility is solidary or individual, subjective or objective, which is done based on the theory of dialogue of sources.

Methodology: To achieve this purpose, it uses the dialectical method, taking normative, doctrinal and jurisprudential developments as theses and antitheses, in order to present a dialogical solution to the proposed questioning as a synthesis. The procedure employed is the bibliographic, as it is a research supported by doctrine, laws and jurisprudence available in print and electronic media.

Results: The article identifies the subjective modality as being applicable for determining the responsibility of the chief surgeon, as it is the solution that maximizes the effectiveness and applicability of the provisions of the Civil Code, the Consumer Protection Code and the Medical Ethics Code, without emptying of any of them, respecting the *mens legis* of each of the mentioned normative diplomas.

Contributions: The study finds the hermeneutic solution that presents itself as the most reasonable, adequate and proportional for the solution of the problem under study, insofar as it preserves to the maximum the effectiveness and applicability of the normative devices potentially applicable to the case.

Keywords: surgical team; civil responsibility; chief surgeon.

1 INTRODUÇÃO

O princípio geral de direito segundo o qual “a ninguém é dado lesar” rege toda a disciplina da responsabilidade civil. No caso dos médicos não é diferente, tendo estes profissionais liberais o dever de reparar os danos causados aos pacientes em decorrência de erro médico. Inclusive, como aponta Paulo Antônio de Carvalho Fortes (1990, p. 520), a responsabilidade civil do médico vem ganhando cada vez mais importância pelos seguintes motivos:

A ampliação dos direitos individuais e coletivos à assistência à saúde, a desacralização da atividade médica, a menor resignação à dor e ao sofrimento, fenômenos culturais contemporâneos da civilização ocidental, vêm a constituir-se em alguns dos fatores apontados para justificar a crescente importância dada à responsabilidade jurídica do médico.



Como regra, para a existência da responsabilidade civil médica exige-se os seguintes elementos: (a) conduta médica, (b) culpa (imperícia, negligência ou imprudência), (c) dano e (d) nexo de causalidade entre o ato profissional e o prejuízo causado ao paciente.

De um lado, como será demonstrado, o Código Civil adotou para os médicos a responsabilidade subjetiva e, por esta razão, a culpa é um elemento presente nos casos de responsabilidade civil médica. De outro, o Código de Defesa do Consumidor também estabelece uma responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais ao afirmar que eles respondem quando evidenciada a culpa. Trata-se de uma exceção ao tratamento padrão dado aos fornecedores de serviços em geral, cuja responsabilidade se apura na modalidade objetiva.

Contudo, durante o desempenho da profissão os médicos mantêm diversas relações jurídicas – não apenas com os pacientes, mas também com outros profissionais da saúde, hospitais, clínicas, convênios e planos de saúde – sem que haja uma definição expressa da forma de apuração da responsabilidade civil no caso dessas relações mais complexas. Dentre elas se encontra a responsabilidade civil do cirurgião-chefe pelo fato de outrem, mais precisamente, pelos atos ilícitos praticados pelos demais integrantes da equipe cirúrgica, a qual constitui o objeto de estudo do presente trabalho.

Referido tema é de extrema relevância na medida em que o ato cirúrgico por si só já caracteriza uma agressão – lícita, frise-se – à integridade física do paciente, o que pode ocasionar nas situações de erro sequelas temporárias e/ou permanentes, ou até mesmo levar ao óbito. Portanto, é fundamental a definição da responsabilidade civil no âmbito dessa atuação conjunta, com a consequente identificação da modalidade de responsabilidade civil incidente – com destaque especial para o cirurgião-chefe –, que a depender da visão adotada pode ser objetiva ou subjetiva, individual ou solidária.

Visando identificar a resposta para a pergunta que constitui o objeto central do presente estudo será utilizado o método dialético, tomando as normas que regulam a responsabilidade civil e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais como



teses e antíteses, de modo a apresentar como síntese a resposta ao questionamento proposto. Em função do método utilizado, bem como acompanhando a tendência contemporânea da ciência do Direito, será adotada como premissa a teoria do diálogo das fontes, a partir da qual se buscará encontrar uma solução razoável, proporcional e coerente ao questionamento formulado, obtida de forma sistemática e dialógica, preservando ao máximo a eficácia e a aplicabilidade dos dispositivos normativos potencialmente aplicáveis. Para tanto, será utilizado o procedimento bibliográfico, por se tratar de pesquisa amparada em fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais disponíveis nos meios impresso e eletrônico.

2 REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O objeto do presente trabalho consiste na aferição da responsabilidade civil do médico cirurgião pelos danos causados ao paciente por integrante da equipe médica em decorrência de procedimento cirúrgico. Porém, para que se possa prosseguir com a investigação de forma coerente, cumpre estabelecer as premissas referentes à responsabilidade civil que serão utilizadas ao longo da pesquisa.

Todas as vezes que o homem interage no ambiente social deve ser cauteloso para não ferir os valores básicos dessa sociedade, ou mesmo para não atingir direitos patrimoniais ou morais preexistentes de outra pessoa. Trata-se do princípio geral de direito segundo o qual “a ninguém é dado lesar”.

Sob o prisma do instituto da responsabilidade civil, ao sofrer um prejuízo indevido, a vítima necessita da respectiva reparação, de modo a recuperar sempre que possível² o *status quo ante*, retornando ao estado de coisas que gozaria se não tivesse sido atingida pelo evento danoso. Nesse sentido, a responsabilidade civil é ferramenta primordial para o restabelecimento da harmonia e do equilíbrio das relações sociais.

² Sempre que possível porque existem casos em que a situação anterior não pode ser faticamente restabelecida, ocasião em que o dano será compensado financeiramente.



A responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, uma vez que a reparação dos danos sucede a transgressão de uma obrigação que em geral pode ter como fonte a vontade humana (contrato) ou a lei (ato ilícito). Em decorrência das fontes obrigacionais mencionadas a responsabilidade civil costuma ser classificada como contratual ou extracontratual. Daí o porquê da legislação de referência sobre a matéria ter adotado o sistema dual de responsabilidade.

No que tange a responsabilidade por ato ilícito,³ este pode ser conceituado como sendo a conduta humana contrária ao direito, praticada em desacordo com a ordem jurídica e que acarreta dano a outrem. Esse conceito é extraído dos artigos 186 e 187 do Código Civil, segundo os quais comete ato ilícito todo o sujeito que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (artigo 186); e que age com abuso de direito, ou seja, que no exercício de um direito, excede manifestamente os limites impostos, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187).

Com isso constata-se que a atual responsabilidade civil extracontratual, quando comparada ao código civil anterior, foi ampliada, já que o conceito de ato ilícito agora passou a abarcar também o abuso de direito (art. 187).

Da ideia de ato ilícito, ou em outras palavras, da violação de um dever jurídico, surge o dever de reparar o prejuízo causado. Neste sentido afirma Silvio de Salvo Venosa que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio jurídico danoso” (2010, p. 2). Por seu turno, Sérgio Cavalieri Filho complementa ao ensinar que “a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (2015, p. 16). Portanto, é possível concluir que responsabilidade civil é o dever de indenizar o dano resultante da transgressão de uma norma jurídica preexistente. Essa obrigação está imposta no art. 927 do Código Civil, cujo objetivo é recompor o prejuízo sofrido pela vítima.

³ A responsabilidade contratual deixará de ser analisada por não guardar pertinência com o objeto do presente estudo.



Note-se que o Código Civil de 1916 baseava-se na teoria subjetiva, segundo a qual o agente irá arcar com a reparação do dano se houver prova de que sua conduta foi dolosa ou ao menos culposa. Aliás, a responsabilidade subjetiva tem por pressupostos a conduta humana, o dano, o nexo causal e a culpa. Logo, na modalidade subjetiva, a culpa é o requisito principal da obrigação de indenizar, o que significa que a vítima de um dano só pode pleitear o ressarcimento de quem o causou se provar a existência de culpa, sob pena de arcar ela própria com o prejuízo.

É preciso frisar que a culpa exigida na responsabilidade subjetiva é a culpa *lato sensu*, isto é, em sentido amplo, a qual abrange o dolo ou a culpa *stricto sensu*. De forma simples Rui Stoco conceitua o dolo como a vontade dirigida a um fim ilícito, enquanto define a culpa *stricto sensu* como o comportamento equivocado da pessoa, sem a intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, já que evitável sob a ótica do homem médio (2007, p. 130).

Além disso, o Código Civil de 1916 trazia ainda algumas situações em que imputava a responsabilidade ao agente por dano não diretamente causado por ele, mas sim por terceiro, com quem mantinha relação jurídica. Nesta hipótese a responsabilidade derivava da culpa pela má escolha (*in eligendo*) ou desídia na vigilância desse terceiro (*in vigilando*).⁴ Isto é ressaltado por Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 58):

Na vigência do CC/16 falava-se em culpa “in eligendo” para caracterizar a má escolha do preposto. A culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto, consoante Súmula 341 do STF, em razão da má escolha do mesmo. A culpa “in vigilando”, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Os pais respondiam pelos atos dos filhos menores, via de regra, pela falta de vigilância.

Nessas situações de responsabilidade civil indireta adotava-se um sistema de culpa presumida. Com isso, diferentemente da doutrina da responsabilidade subjetiva tradicional, na qual a vítima tinha o ônus de provar a culpa do agente causador do

⁴ Não será trabalhada a culpa *in custodiando* por não guardar pertinência com o objeto pesquisado.



dano, nos casos de culpa *in eligendo* e *in vigilando* era o agente quem tinha que demonstrar que não agiu com culpa para se eximir da reparação.

Conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho, a culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva para o da responsabilidade objetiva, de forma a solucionar situações em que a prova da culpa por parte da vítima se tornava diabólica (2015, p. 59). Portanto, o reconhecimento da presunção de culpa foi uma ponte para a aceitação da teoria objetiva da responsabilidade civil.

Apesar da resistência dos defensores da responsabilidade subjetiva, a teoria do risco substituiu a doutrina da culpa em algumas situações. Assim, em determinados casos a responsabilidade civil passou a ser aferida de modo objetivo, surgindo o dever de indenizar a partir da prova da conduta, do dano e do nexo de causalidade, independentemente da existência de culpa. Na responsabilidade objetiva o causador do dano somente se exime do dever de repará-lo quando consegue provar a inexistência de nexo causal, que pode se materializar nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.⁵

Cumprido frisar que a responsabilidade na modalidade objetiva não se confunde com a culpa presumida, uma vez que independe de culpa.

Ademais, pela teoria fundada no risco o exercício de atividade perigosa é o fundamento da responsabilidade civil. Desta forma, o exercício de atividade que apresente perigo de dano a terceiros representa um risco que o agente escolhe assumir. Já que o agente lucra com a atividade arriscada também deve arcar com as desvantagens dela decorrentes. Isto porque quem auferir os cômodos também deve suportar os incômodos (GONÇALVES, 2010, p. 28).

⁵ Nesse ponto cumpre apontar que surgiram diversas teorias para fundamentar a responsabilidade objetiva. Dentre elas, podem ser citadas a teoria do risco criado, na qual o agente responde pelo simples fato de possuir uma atividade ou profissão que seja potencialmente danosa, independentemente de tirar proveito ou lucro dela; a teoria do risco proveito, segundo a qual será responsável o sujeito que auferir vantagens de uma atividade lucrativa, retirando proveito, lucro do risco criado; e a teoria do risco integral, que é uma modalidade extremada da ideia de risco, em que a obrigação de indenizar existe independentemente da presença de excludente do nexo causal.



Nesses termos, deve-se ressaltar que, não obstante a supressão da presunção de culpa pelo atual Código Civil, a responsabilidade subjetiva continua mantida como regra. Todavia, passou-se a reconhecer a responsabilidade independente de culpa (objetiva) nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (artigo 927, parágrafo único).

Nesse diapasão, definir atividade de risco, isto é, aquela que dá azo à responsabilidade objetiva, tem sido um enorme desafio. Isto por se tratar de conceito jurídico indeterminado, que deverá ser analisado no caso concreto. Tanto é assim que, visando auxiliar o aplicador da lei, a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 38, que assim dispõe:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Portanto, o artigo 927 do Código Civil se refere a um risco anormal, excepcional, acima da média.

Finalmente, ao contrário da opção materializada no Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor adota como regra a modalidade objetiva, a qual é utilizada para a aferição de responsabilidade dos fornecedores pelos danos resultantes dos defeitos de seus produtos e serviços, conforme se depreende dos artigos 12, 13 e 14 do referido diploma.

Entretanto, a lei consumerista abriu uma exceção, utilizando a modalidade de responsabilidade subjetiva quando se tratar de profissionais liberais, estabelecendo no §4º do artigo 14 que estes só indenizarão quando houver culpa.

Uma vez estabelecidas as premissas da responsabilidade civil, definindo-se as suas modalidades e identificando-se os textos normativos que as estabelecem, cumpre passar a análise do objeto de estudo proposto no presente trabalho, que consiste na aferição da existência de responsabilidade (ou não) do cirurgião pelo erro



médico cometido por membro da equipe cirúrgica e, caso constatada a existência de responsabilidade, a identificação da modalidade em que deve ser apurada.

3 RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO POR ERRO MÉDICO DA EQUIPE CIRÚRGICA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Em que pese a responsabilidade do médico esteja em princípio abarcada pelos artigos 951 do Código Civil⁶ e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor⁷ e, portanto, seja apurada na modalidade subjetiva, cumpre saber como se apura a responsabilidade civil do cirurgião pelo dano causado pela equipe médica, o que constitui o objeto do presente trabalho.

Porém, antes de mais nada, é preciso definir o conceito de equipe cirúrgica. Segundo José Manuel Caseiro, inspirado pela definição da American Society of Anesthesiology, equipe cirúrgica:

[...] é uma unidade que providencia toda a continuidade de cuidados que se inicia no período pré-operatório, se desenvolve no intra-operatório durante a realização dos procedimentos cirúrgicos e se estende à recuperação pós-operatória do doente. Cada especialista da equipe, seja o cirurgião, o anestesiológico ou o enfermeiro, detém preparação avançada para o seu desempenho nos três períodos descritos. (2006, pp. 10-11)

Nesse diapasão, para os fins do presente estudo considera-se equipe cirúrgica o grupo de profissionais habilitados e capacitados que, no âmbito da sala de operação e durante um procedimento cirúrgico, trabalham de forma harmônica e coordenada, cada qual dentro de sua esfera de atribuições. Tal grupo é habitualmente formado pelo cirurgião (chefe da equipe), por um médico assistente, um anestesista, um instrumentador cirúrgico, além de enfermeiros e técnicos de enfermagem, sendo

⁶ 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.

⁷ Art. 14 (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.



estes últimos os “responsáveis pela montagem e desmontagem da sala permanecendo durante a cirurgia para suprimento dos materiais necessários” (POLICASTRO, 2013, p. 107).

Note-se que o ato cirúrgico por si significa uma agressão - lícita, frise-se uma vez mais - à integridade física do paciente, e que, em caso de erro, pode ocasionar sequelas temporárias e/ou definitivas, ou até mesmo levar a óbito. Em virtude disso é fundamental definir a responsabilidade da equipe médica no âmbito dessa atuação conjunta, de modo a identificar a modalidade de responsabilidade civil que eventualmente incide sobre o cirurgião.

Para tanto, passa-se a analisar os tratamentos doutrinário e jurisprudencial dados ao tema.

3.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CIRURGIÃO POR CULPA *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO*

Por ser o coordenador da equipe, o cirurgião tem a incumbência de realizar, sob a sua responsabilidade, a escolha dos profissionais, exclusivamente da área da saúde e devidamente qualificados, que irão compor a equipe cirúrgica. Isto está previsto na Resolução n. 1.490/1998 do Conselho Federal de Medicina.⁸

Com base nisso, uma linha de pensamento mais antiga defendia a responsabilização do “médico-chefe” pelo fato de estar no comando da equipe médica. Nestes termos, ele figuraria como o responsável pelos atos ilícitos praticados pelos demais integrantes da equipe durante o procedimento cirúrgico, na medida em que os médicos auxiliares, o anestesista, o instrumentador e os enfermeiros executariam os seus atos sob as ordens e a supervisão do “médico-chefe”. Trata-se, pois, de uma visão unitária do procedimento cirúrgico.

Para os defensores desse posicionamento as culpas *in eligendo* (má escolha do representante ou preposto) e *in vigilando* (falta de fiscalização) são os fundamentos

⁸ Art. 1º - A composição da equipe cirúrgica é da responsabilidade direta do cirurgião titular e deve ser composta exclusivamente por profissionais de saúde devidamente qualificados.



jurídicos da responsabilização do cirurgião, o que pode ser constatado nos julgados que adotam referida posição. Isto porque, se o cirurgião escolheu a sua equipe, deve ele responder de forma solidária com o causador do dano em função da culpa na escolha (*culpa in eligendo*), ainda que não tenha provocado ou sequer contribuído, direta ou indiretamente, para o ato lesivo. Neste sentido vide decisão proferida pela 3ª Turma do STJ, que bem ilustra o caso:

I – O médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que se executam os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. II – Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto *in eligendo*) e do anestesista pelo dano causado.

Como se vê, essa corrente entende que o médico cirurgião é responsável pela falha no serviço dos outros integrantes da equipe em razão de serem seus prepostos. Para tanto, reconhece-se o vínculo de preposição, ainda que não exista um contrato típico de trabalho, uma vez que é suficiente que haja uma relação de dependência ou que alguém preste os serviços sob o comando de outrem.

Existem, porém, situações em que os integrantes da equipe são funcionários indicados pelo hospital, ou então são escolhidos pelo próprio paciente. Em tais casos a responsabilidade do cirurgião não ficaria caracterizada pela culpa *in eligendo*, uma vez que os profissionais foram escolhidos por outrem. No primeiro caso, quando os funcionários são vinculados ao hospital e por ele indicados, são considerados prepostos deste, imputando-se ao nosocômio a culpa pela escolha. O mesmo ocorre no segundo caso, em que o anestesista é escolhido pelo próprio paciente, na medida em que o risco da escolha recai sobre ele próprio.

Ocorre que, mesmo nesses casos em que a escolha da equipe cirúrgica não foi feita pelo cirurgião, ainda assim se admite a sua responsabilização, porém com base na culpa *in vigilando*, já que ele teria o dever de comando e fiscalização da atuação dos demais membros da equipe. Isto, inclusive, foi decidido pela Quarta Turma do STJ no REs 200831/RJ, que assim dispôs:



Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido.

Portanto, para os defensores dessa corrente, ainda que o dano tenha sido causado por outro integrante da equipe cirúrgica, e mesmo que o referido membro tenha sido escolhido por outrem, que não o cirurgião, este último ainda assim responderia solidariamente com o causador do dano pelo fato de comandar a equipe durante a intervenção cirúrgica, estando os demais profissionais participantes do ato cirúrgico subordinados às suas ordens.

3.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS MEMBROS QUE INTEGRAM A CADEIA DE FORNECIMENTO

Outra vertente jurisprudencial e doutrinária também adota a responsabilidade solidária do médico cirurgião pelos atos dos demais integrantes da equipe médica, mas o faz fundada em outra racionalidade.

Em que pese os profissionais liberais estejam excluídos da responsabilidade objetiva e solidária prevista para os demais fornecedores do mercado de consumo no art. 14, “caput”, do CDC, pois enquadram-se no §4º daquele mesmo dispositivo (responsabilidade subjetiva), segundo os defensores desta corrente eles perdem essa benesse quando atuam em grupo. Sustentam que, uma vez caracterizado o trabalho de equipe, todos os membros integram uma cadeia de fornecimento de serviço, nos exatos moldes do artigo 14, “caput” cumulado com o art. 34⁹ do mesmo diploma legal.

Em outras palavras, quando caracterizada uma cadeia de fornecimento na prestação de serviços médico-cirúrgicos, ainda que o dano advenha da atuação de

⁹ Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.



um único profissional, uma vez verificada a culpa deste, nasce a responsabilidade objetiva e solidária para toda a equipe, pois todos são participantes da cadeia de fornecimento daquele serviço.

Note-se que, diferentemente da corrente anterior, essa segunda posição estabelece uma solidariedade entre todos os fornecedores da cadeia, e não apenas entre o cirurgião-chefe e o integrante da equipe causador do ato ilícito.

O fundamento consiste no fato de que o Código de Defesa do Consumidor impõe a solidariedade a todos os fornecedores da cadeia em razão do fim comum: o fornecimento do serviço. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Essa solidariedade também é repetida no art. 25, §1º. Desta forma, a consequência da norma do art. 34 é que se impõe a todos os fornecedores diretos, indiretos ou auxiliares, os deveres de boa-fé, de cuidado, de cooperação, de informação, de transparência, de respeito à confiança depositada pelos consumidores. Com isso, o consumidor poderá escolher quem acionar e a quem reclamar. (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2006, p. 510).

Nesse sentido, Claudia Lima Marques explica a extensão do fenômeno econômico da cadeia de fornecimento (2014, p. 437) da seguinte forma:

[...] a cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor, muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência no caso dos serviços, principalmente de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

Portanto, quando vários atores participam da prestação de um serviço, com a mesma finalidade, que é obter a contrapartida remuneratória, o consumidor se torna



ainda mais vulnerável porque na maioria das vezes não consegue visualizar todos os participantes da cadeia de fornecimento – já que não firmou relação contratual com todos eles – nem muito menos identificar o causador do dano, tornando mais difícil a sua reparação. Por esta razão, a responsabilização de todo o grupo de forma solidária busca evitar que a vítima fique desprovida de proteção.¹⁰

Cláudia Lima Marques entende cabível este raciocínio para as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais, pois, segundo ela, com a formação do ente coletivo, os médicos perdem o privilégio da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais estabelecida no art. 14, §4º, do CDC. Estas pessoas jurídicas, então, passam a ser tratadas como fornecedoras normais, uma vez que elas mesmas não são profissionais liberais. Isto porque o privilégio não é do tipo de serviço, mas sim da pessoa do profissional liberal.

Todavia, a autora citada reconhece ser difícil aplicar essa teoria de responsabilização objetiva para o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não formaram pessoa jurídica, uma vez que estes não abriam mão de sua característica de profissionais liberais, mesmo atuando em grupo, ou até mesmo ao lado de pessoas que não sejam profissionais liberais (MARQUES, 2014, p. 436).

Em sentido contrário, Rizzato Nunes defende que o profissional liberal que se constitui em pessoa jurídica nem por isso perde o privilégio legal. O autor explica que o que descaracteriza a atividade como liberal não é a simples existência da pessoa jurídica, já que esta pode continuar explorando a atividade típica de profissionais liberais. O que desvirtua a atuação do profissional liberal é a atuação sob a forma típica de sociedade de massa, com exame do mercado, cálculo do custo, do preço, avaliação do risco – conforme o binômio custo-benefício –, prestação do serviço em escala e utilização dos instrumentos do *marketing*, especialmente a publicidade (NUNES, 2012, p. 410).

¹⁰ Ressalte-se que essa tese não impede o direito de regresso do fornecedor que pagou a indenização contra o verdadeiro causador do evento danoso.



Em relação à jurisprudência, cumpre frisar que a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido proferido nos Embargos de Divergência do REsp 605.435 – RJ, adotou a tese da responsabilidade solidária entre todos os fornecedores da cadeia de fornecimento fundada no art. 14, “caput”, do CDC. Assim, defendeu que o chefe da equipe médica deveria ser responsabilizado pelo erro do anestesista com fundamento na responsabilidade solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecimento:

[...] quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária do grupo, ou melhor, daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço. Na hipótese dos autos, a cirurgia estética pretendida, que se trata de um procedimento complexo, somente poderia ser realizada de forma adequada com o concurso dos serviços prestados por diversos profissionais, entre os quais o cirurgião, chefe da equipe, e o anestesista; e da clínica, que fornecia centro cirúrgico, equipe, medicamentos, hotelaria.

Dessa forma, os defensores dessa corrente advogam a aplicação da responsabilidade solidária a todos os integrantes da cadeia de fornecimento, sendo que, uns somente quando se tratar de pessoa jurídica, outros caso haja atuação como sociedade de massa, havendo ainda aqueles que defendem a aplicabilidade dessa tese em ambos os casos.

3.3 RESPONSABILIDADE INDIVIDUALIZADA

Conforme aponta Sérgio Cavalieri, a concepção unitária da operação cirúrgica, na qual o cirurgião chefe é o responsável por tudo o que acontece durante o procedimento, não pode ser mais absoluta, em face da moderna ciência médica. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem conferir nitidez à divisão de tarefas entre os vários atores envolvidos em uma mesma operação. Isto é, ainda que a equipe médica atue conjuntamente, não pode haver, só por esse fato, solidariedade entre todos os integrantes. É necessário apurar o tipo de relação existente entre os membros, pois a responsabilidade deve ser



individualizada para aqueles que agem autonomamente dentro da sua especialidade (2015, p. 477).

O assunto acerca da responsabilidade civil do cirurgião-chefe ganha ainda maior relevância na sua relação com o anestesista. Conforme aponta Silvio de Salvo Venosa, a anestesia, até meados do século XX, era aplicada pelo próprio cirurgião, já que não constituía especialidade médica. Todavia, no atual estágio da medicina, possui um procedimento complexo e destacado, de forma que a atuação do anestesista é independente da atividade do cirurgião e, conseqüentemente, assim deve ser a sua responsabilidade (2012, p. 154/155).

Hildegard Taggesell Giotri também se posiciona nesse mesmo sentido (2011, p. 48):

Problemas surgidos única e exclusivamente pelo ato anestésico devem ficar na responsabilidade daquele que o praticou. Uma anestesia mal feita prejudica não só o cliente, como o trabalho do cirurgião; entretanto, um mau cirurgião dificilmente poderá prejudicar, com sua inépcia, o trabalho do anesthesiologista.

Assim, se a cirurgia transcorreu sem complicações, não se pode responsabilizar o cirurgião pelo erro do anestesista, e vice-versa.

Importa destacar as etapas da atividade do anestesista: (a) fase pré-operatória: o profissional avalia o estado de saúde do paciente e escolhe a melhor técnica, conforme os exames realizados na anamnese, isto é, de acordo com os problemas ou doenças preexistentes, alergia a algum medicamento, teste de sensibilidade e etc., de forma a evitar surpresas no momento do ato cirúrgico; (b) fase operatória: é a atividade realizada durante a ministração das drogas e o monitoramento constante durante a cirurgia, de forma a equilibrar a pressão sanguínea, a oxigenação e os batimentos cardíacos; (c) fase pós-operatória: é a etapa que tem por finalidade retornar o paciente à consciência e controlar os efeitos da anestesia após o procedimento cirúrgico, não podendo o anestesista, portanto, se afastar da cabeceira do paciente até a sua total recuperação.



Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 270) não há dúvidas da existência de responsabilidade autônoma do anestesista nas etapas pré e pós-operatórias, remanescendo a divergência acerca da responsabilidade do cirurgião-chefe em relação aos atos praticados pelo anestesista dentro da sala de operação e sob o comando do cirurgião.

O STJ também tem julgados no sentido de responsabilidade exclusiva do anestesista, a exemplo do REsp 880.349 (3ª Turma, DJ 24.09.2007), no qual a responsabilidade do cirurgião ficou afastada porque a intercorrência se deu no pós-operatório, reconhecendo-se que o único responsável pelo dano era o anestesista por ter liberado o paciente para o quarto de forma precoce, antes de sua total recuperação, vindo ele a sofrer parada cardiorrespiratória no corredor do hospital. A Corte concluiu que, como hoje é possível fazer a distinção perfeita entre a responsabilidade do cirurgião e a do anestesista que integram a mesma equipe médica, não poderia o primeiro ser responsabilizado pelo ato do segundo, principalmente por não ter contribuído de qualquer modo para o resultado danoso, já que a cirurgia por ele efetuada havia transcorrido de forma normal e sem intercorrências. Também se reconheceu que não existe subordinação entre eles.

No mesmo sentido, nos supracitados Embargos de Divergência no REsp 605.435 – RJ (julgados em de 2011), ao final restou afastada a responsabilidade objetiva e solidária entre cirurgião-chefe e o médico anestesista por danos causados ao paciente em decorrência de erro cometido exclusivamente por este. Prevaleceu o entendimento de que não existe qualquer subordinação entre esses médicos, já que o anestesista tem capacitação especializada e funções específicas durante a cirurgia, tendo atuação autônoma conforme técnicas médico-científicas de seu domínio e de acordo com suas convicções e decisões pessoais. Deste modo, assume responsabilidades próprias e segregadas das ações dos demais membros da equipe médica, ensejando responsabilização individual pelos seus erros.

De acordo ainda com o mesmo julgado, apesar do Código de Defesa do Consumidor em seu art. 14, “caput” prever uma responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos



na prestação do serviço ou nas informações prestadas (fato do serviço), o §4º do mesmo dispositivo excepciona a regra, consagrando uma responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva entre o cirurgião-chefe e o anestesista por erro médico exclusivo deste último durante a cirurgia.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO

O médico é um profissional imprescindível à sociedade por resguardar a vida e a saúde física e mental das pessoas. Por isso, exige-se deste especialista uma cautela muito maior que a dos demais profissionais, já que o seu erro pode causar sequelas ou perda da vida humana. Conforme visto, casos há em que os médicos atuam conjuntamente por intermédio de uma equipe, surgindo dúvidas acerca de quais deles podem ser responsabilizados pelo dano experimentado pelo paciente.

Inicialmente, importa ressaltar que a relação médico-paciente pode ser regida pelo Código Consumerista, já que o profissional da área médica assume a posição de fornecedor ao prestar seus serviços. Isto, porém, não afasta a observância do Código Civil. Afinal, a tendência da ciência do Direito contemporânea consiste justamente em reconhecer a inter-relação das normas que integram um mesmo ordenamento jurídico – como no caso da teoria do diálogo das fontes¹¹ – bem como a implicação mútua existente entre o ordenamento jurídico de um Estado e normas provenientes do plano comunitário e internacional – conforme preceitua a teoria do constitucionalismo multinível.¹²

Nesse diapasão, e alinhando a presente pesquisa à tendência contemporânea da ciência do Direito, a partir da teoria do diálogo das fontes torna-se possível – para não dizer recomendável – a aplicação conjunta de mais de um diploma

¹¹ Essa teoria será explorada a seguir.

¹² Nesse sentido vide: LUPI; MONTE; VIVIANI, 2014, pp. 1220-1251.



normativo, de forma a obter-se uma interpretação mais razoável, proporcional e coerente.

Segundo Cláudia Lima Marques a teoria do diálogo das fontes é uma nova técnica de solução de antinomias idealizada por Erik Jayme, para quem, no atual pluralismo pós-moderno, em que o direito decorre de fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (2006, p. 26). Isto porque “o fenômeno mais importante reside no fato de que a solução das antinomias normativas emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas” (JAYME, 1996, p. 259).¹³

Todavia, a essência da teoria é melhor explicada pelo próprio Erik Jayme, que assim dispõe (2003, p. 66):

O "diálogo das fontes" significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente às vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos.

Portanto, essa teoria confere ao intérprete no âmbito do direito privado uma nova ferramenta hermenêutica de solução de antinomias, na qual, ao invés de retirar uma norma do sistema – revogação pela anterioridade, especialidade e hierarquia –, opta-se pelo diálogo, coexistência e convivência das normas plúrimas. Afasta-se a interpretação unitária em detrimento de uma aplicação concomitante de todas elas.

Dessa forma, estabelece-se desde logo como premissa do presente trabalho a aceitação da teoria do diálogo das fontes, e a consequente possibilidade de aplicação coordenada do Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil e com o Código de Ética Médica de forma sistemática e dialógica, de modo aferir a modalidade de responsabilidade civil mais adequada ao cirurgião-chefe e aos demais

¹³ Tradução livre. Texto original: “(...) *le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre le source les plus hétérogène*”.



integrantes da equipe médica dentro dos parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade e coerência.

Isso posto, para atingir este objetivo será iniciado um processo dialógico a partir dos posicionamentos doutrinários e jurisprudências acima apresentados, dentro das premissas científicas do método dialético.

Conforme foi analisado, uma primeira corrente de pensamento aponta no sentido de que os atos praticados por qualquer membro da equipe são imputáveis ao cirurgião-chefe de forma solidária, nos casos em que o quadro de profissionais foi selecionado por ele, com fundamento na culpa *in eligendo*, e mesmo quando os integrantes não foram de sua escolha, por culpa *in vigilando*, uma vez que o médico cirurgião teria o dever de monitorar todos os atos da equipe durante todo o procedimento cirúrgico. Assim, o cirurgião-chefe estaria incurso no artigo 932, III, do Código Civil, sendo responsável pelos atos de seus prepostos. Quanto ao conceito de preposto, Venosa explica que “é quem desempenha alguma atividade ou atua às ordens de outro, ainda que de forma eventual” (2010, p. 89).

A relação de preposição no atual Código Civil está disciplinada no artigo 932, III que estabelece: “são também responsáveis pela reparação civil: (...) o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

No entanto, o fundamento desta tese para a responsabilização do cirurgião-chefe repousa nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*. Ocorre que essas modalidades de culpa, que eram aplicáveis às mesmas situações na vigência do diploma civilista anterior, estão em extinção no Código Civil atual. Isso porque o artigo 933¹⁴ estabelece a responsabilidade objetiva para esses casos, de forma que as pessoas elencadas respondem pelos atos de terceiros independentemente de culpa. Logo, pela legislação atual tornou-se inócuo aferir se o preponente escolheu mal ou não o preposto, uma vez que o Código Civil transformou em responsabilidade objetiva as

¹⁴Art. 933, CC. 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.



situações que antes eram enquadradas como culpa presumida (art. 1.521, III, do CC/1916).

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri elucida:

Na vigência do CC/16 falava-se em culpa “in eligendo” para caracterizar a má escolha do preposto. A culpa “in vigilando”, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Essas espécies de culpa, todavia, estão em extinção, porque o CC/02, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior. (2015, p. 58)

Todavia, a responsabilidade civil objetiva estabelecida pelos artigos 932 e 933 do Código Civil colide com o conteúdo dos artigos 951 do mesmo diploma e 14, §4º, do CDC, que definem ser subjetiva a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Portanto, não se mostra mais possível, na vigência do atual Código Civil, aplicar a solidariedade prevista no parágrafo único do artigo 942,¹⁵ que está limitada às relações de subordinação designadas no art. 932. Responsabilizar o cirurgião-chefe por ato de terceiro, independentemente de culpa, significa despi-lo da proteção conferida aos profissionais liberais.

De outra banda, no que diz respeito ao outro entendimento, que defende igualmente a responsabilidade solidária do cirurgião-chefe, mas com fundamento na legislação consumerista, ele também conflita com a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos profissionais liberais. Segundo essa segunda corrente, não apenas o cirurgião-chefe, mas todos os membros da equipe, responderiam pelo dano causado de forma objetiva e solidária. Isso porque, uma vez caracterizado o trabalho de equipe, todos os integrantes do grupo comporiam uma cadeia de fornecimento com um objetivo comum, que é prestar o serviço mediante remuneração. O fundamento jurídico é o artigo 14, “caput”, cumulado com o art. 34 do CDC. Assim, para essa corrente, quando os profissionais liberais integrarem uma equipe eles se despirão da

¹⁵ Art. 942, parágrafo único, CC. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.



proteção do art. 14, §4º do CDC, que seria aplicável apenas ao profissional liberal que atua individualmente.

Apesar de a responsabilidade objetiva e solidária a todos os membros da equipe trazer uma posição mais protecionista à vítima, por aumentar a probabilidade de recebimento da reparação, ele contraria a intenção (*mens legis*) do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de afastar expressamente a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais. Afinal, quando a Lei Consumerista estabeleceu a regra da responsabilidade objetiva não pretendeu abarcar os profissionais liberais, já que houve uma exclusão expressa dessa categoria de profissionais. Portanto, o Código deve ser interpretado de forma sistemática respeitando-se o seu “espírito”.

Não obstante o aspecto hermenêutico, deve-se levar em conta ainda que, apesar de os médicos serem considerados fornecedores, eles foram excluídos da regra geral da responsabilidade por não atuarem da forma típica de sociedade de massa. Em geral, os médicos possuem uma obrigação de meio, e não de resultado, não podendo garantir a cura, mas sim a prestação de cuidados atentos e de acordo com as aquisições da ciência.¹⁶

Mesmo quando atuam em conjunto, por meio de uma equipe médica, os médicos continuam explorando a atividade na forma típica de profissionais liberais, de forma diferente de outras atividades desenvolvidas no mercado de sociedades de massa, que pressupõem produção em série, cálculo de custo, de preço e exame do risco. Portanto, os médicos não formam uma cadeia de fornecimento, não sendo justificável despi-los da proteção conferida pelo §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor para enquadrá-los na responsabilidade objetiva e solidária do *caput* do artigo 14 do mesmo diploma.

Se mesmo em equipe os médicos atuam como profissionais liberais, com autonomia, só podem ser responsabilizados se agirem com culpa e houver nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano causado.

¹⁶ Nesse sentido cumpre frisar que Fernando Cordeiro et. al. alertam para o desvirtuamento encontrado em algumas decisões judiciais que apuram a responsabilidade civil do médico como se obrigação de resultado fosse (2011, p. 59).



Isso posto, é razoável que a responsabilidade civil seja resolvida no âmbito do nexos causal, que é a relação de causa e efeito entre a ação antijurídica e o mal suportado pelo paciente. Isso porque, na etiologia da responsabilidade civil subjetiva, além da conduta culposa, são pressupostos o dano e o nexos de causalidade entre ambos. Para haver nexos causal, então, é necessário que exista um vínculo de causalidade adequadamente caracterizado, isto é, que a contribuição do médico para o dano tenha sido suficiente para relacioná-lo como gerador dele.

Nesses termos, aceitar que o cirurgião-chefe responda solidariamente com o anestesista pelo simples fato de tê-lo escolhido e estar no comando da equipe seria admitir a aplicação da teoria da *conditio sine qua non* (equivalência das condições) sem limites para a extensão quanto aos responsáveis pelo dano. Isso porque, para esta doutrina, todas as causas que contribuem de qualquer forma para o resultado têm o mesmo valor e importância. Nas palavras de Rodrigo Valgas dos Santos “o ponto fraco da teoria é considerar todas as condições como equivalentes, sem distinguir, na cadeia causal, quais fatos foram mais ou menos relevantes na produção do resultado”. Essa teoria não é aceita no direito civil.

Já para a teoria da causalidade adequada, desenvolvida por Von Kries, não é possível considerar causa toda e qualquer condição que tenha contribuído para o resultado danoso, mas sim o antecedente abstratamente mais idôneo, mais adequado à produção da lesão, considerado um juízo de probabilidade. Causa, portanto, é a circunstância que concretamente concorreu de forma mais decisiva para o resultado danoso, ou seja, qual dos fatos ou culpas foram mais adequadas para o evento lesivo. Conforme elucida Antunes Varela:

[...] se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das



coisas e a experiência comum da vida. (VARELA, *apud* CAVALIERI, 2015, p. 69)

A conduta do cirurgião-chefe de escolher o integrante da equipe, especializado e capacitado, não caracteriza ato ilícito. Ademais, não está no curso normal dos acontecimentos a ocorrência de erro por parte de um profissional habilitado. Do mesmo modo, durante o ato cirúrgico, não são todos os atos que podem ser imputados à esfera de controle do cirurgião-chefe, uma vez que na atualidade cada médico atua dentro da sua especialidade. Por isso, é preciso verificar se no caso concreto o cirurgião-chefe contribuiu adequadamente para o evento, ou seja, se sua atuação era abstratamente idônea e relevante para gerar o dano ou evitá-lo.

Ademais, diversos atos poderiam sair da esfera de responsabilidade do cirurgião-chefe por não terem decorrido necessária ou diretamente da sua conduta, mas sim de outrem. É uma teoria da interrupção do nexo causal, que restringe a causa àqueles acontecimentos mais próximos do dano. Logo, reconhecer a solidariedade entre o cirurgião-chefe e o anestesista significa criar uma presunção de culpa ou ampliar os limites da causalidade de forma ilimitada, como proposto pela teoria da *conditio sine qua non*.

Portanto, não parece razoável nem proporcional que todos os atos da equipe cirúrgica possam ser imputados ao cirurgião-chefe pelo simples fato de ter escolhido os demais membros ou de estar no comando da equipe. Responsabilizar civilmente profissionais liberais autônomos e especializados pelos atos ilícitos de outros integrantes da equipe significa transmutar a responsabilidade subjetiva legalmente estabelecida em responsabilidade objetiva.

Além disso, não é razoável nem proporcional exigir do cirurgião-chefe conhecimento de todas as áreas da medicina, muito além da sua especialidade. Desta feita, imputar a um integrante da equipe médica cirúrgica culpa pelo erro de outrem significa reduzir a importância do exame da culpa.

Por decorrência lógica, a teoria mais acertada é a de que a responsabilidade civil dos integrantes da equipe médica seja resolvida no âmbito do nexo causal, que pode até ser múltiplo, mas dentro da racionalidade da teoria da causalidade



adequada.¹⁷ Para o médico que concorreu de forma direta e adequada para a causação do evento danoso restará a obrigação de indenizar. A apuração da responsabilidade por erro médico, portanto, depende do exame do caso concreto. Em relação ao que acontece dentro da sala de cirurgia, a responsabilidade dependerá da verificação de quem agiu com culpa e do grau de concorrência para o resultado lesivo. Apenas assim será possível definir se a culpa deve ou não ser atribuída a este ou aquele profissional.

Por fim, cumpre ressaltar que esta é a única teoria alinhada com o Código de Ética Médica, que assim dispõe:

[...] o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.¹⁸

Deste modo, frente ao Código de Ética Médica, não há subordinação entre os integrantes da equipe que são médicos, mas tão somente entre o cirurgião-chefe e os seus auxiliares, como o instrumentista, os enfermeiros, e os técnicos de enfermagem, já que estes não possuem autonomia funcional, não tomam decisões, atuando como meras ferramentas e sob o comando do cirurgião-chefe. Daí decorre a afirmação de J. Martins Nunes no sentido de que “o médico poderá assim ter que responder por um acto que ele próprio praticou (próprio) ou por um acto praticado por outrem que esteja *ao seu serviço*.” (2006, p. 19, grifo nosso).

Portanto, a corrente que advoga a aplicação da responsabilidade subjetiva com base na teoria da causalidade adequada, é a única que consegue alinhar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica de forma

¹⁷ Para exemplificar, se a lesão sofrida foi causada durante a aplicação do anestésico, ainda que dentro da sala cirúrgica, mas anteriormente à realização do procedimento cirúrgico, a culpa é apenas do anestesista, já que sua atividade é especializada e destacada. Não havendo defeito, portanto, nos atos praticados pelo médico-cirurgião, não há nexos de causalidade que justifique sua responsabilização solidária. Por outro lado, é razoável e proporcional admitir a culpa concorrente e solidária entre o cirurgião e o anestesista durante o procedimento cirúrgico quando o cirurgião-chefe que está realizando a operação permitir que o anestesista se ausente durante o procedimento. Aqui há nexos causal relacionando o cirurgião-chefe a eventual resultado danoso.

¹⁸ Inciso VIII, capítulo I, da Resolução 1931/09.



harmoniosa, respeitando a *mens legis* de cada diploma normativo, bem como as melhores técnicas de interpretação jurídica. Isto, por seu turno, só é possível partindo da premissa de que todas as normas mencionadas fazem parte do mesmo ordenamento jurídico e, por consequência, devem dialogar entre si de modo a preservar reciprocamente a máxima eficácia e aplicabilidade, sem que ocorra o esvaziamento de qualquer delas. Consequentemente, a referida interpretação se mostra como a mais razoável e proporcional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da aplicação do método dialético analisou-se as teorias existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a forma de apuração da responsabilidade do cirurgião-chefe da equipe cirúrgica em caso de erro médico e, tomando por base a teoria do diálogo das fontes, que reflete a tendência dialógica da ciência do Direito contemporânea, foi possível encontrar a solução hermenêutica que se apresenta como a mais razoável, adequada e proporcional para a solução do problema objeto de estudo. Além disto, a solução encontrada é aquela que melhor preserva a eficácia e a aplicabilidade dos diversos dispositivos normativos espalhados pelo ordenamento jurídico que tratam da responsabilidade por erro médico.

Nesses termos, foi possível concluir que a responsabilidade do cirurgião-chefe deve ser apurada com base na modalidade subjetiva a partir da teoria da causalidade adequada, analisando-se no caso concreto a existência de nexos causal entre a conduta do cirurgião-chefe e o dano causado ao paciente. Este entendimento maximiza a eficácia e a aplicabilidade dos dispositivos do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Ética Médica, sem que haja o esvaziamento de qualquer um deles, bem como apresenta o resultado hermenêutico mais razoável, adequado e proporcional a solução do problema objeto de estudo, respeitando a *mens legis* de cada um dos diplomas normativos apontados.



Frise-se, por fim, que a adoção da referida teoria não afasta a possibilidade de corresponsabilidade de membros da equipe médica, assim como preserva a responsabilidade do cirurgião-chefe pelos atos praticados pelos profissionais a ele subordinados em função da falta de autonomia funcional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 53104-RJ** (94/0026022-9). Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira. Data de Julgamento: 04/03/1997, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/06/97. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br//processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400260229&dt_publicacao=16-06-1997&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 200831-RJ** (1999/0002980-1). Rel. Min. Barros Monteiro, Data de Julgamento: 08/05/2001, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 20/08/2001. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/304743/recurso-especial-resp-200831-rj-1999-0002980-1/inteiro-teor-100230163>>. Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 605435-RJ** (2011/0041422-0). Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 14/09/2011, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 28/11/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5723115/recurso-especial-resp-605435-rj-2003-0167564-1-stj/voto-11884505?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 880349-MG** (2006/0187390-4). Rel. Min. Castro Filho. Data de Julgamento: 26/06/2007, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 24/09/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19234249/recurso-especial-resp-880349-mg-2006-0187390-4/inteiro-teor-19234250>>. Acesso em 15/09/2017.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> . Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> . Acesso em: 15/09/2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.



CASEIRO, José Manuel. A equipa médico-cirúrgica. **Revista SPA**, Lisboa, vol. 15, n. 3, pp. 10-15, jul., 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>> . Acesso em: 15/09/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.490, de 13 de fevereiro de 1998**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1490_1998.htm>. Acesso em: 16/09/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 16/09/2017.

CORDEIRO, Fernando; MENDONÇA, Samuel; OLIVEIRA, Joanna Paes de Barros e; NOGUEIRA, Vanessa Fabíola Pancioni. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Campinas, vol. 31, n. 1, jan./mar., 2011.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em prática liberal. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, vol. 24, n. 6, dez., 1990.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 4 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v.

JAYME, Erik. Entrevista com o Professor Erik Jayme. **Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, pp. 63-67, março, 2003.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et integration: le droit international privé post-moderne**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)

LUPI, André Pipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANI, Maury Roberto. Em busca de fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências



teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 19, n. 4, pp. 1220-1251, Edição Especial, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

NUNES, J. Martins. Da responsabilidade dos médicos anesthesiologistas: dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias. **Revista SPA**, Lisboa, vol. 15, n. 3, pp. 16-39, jul., 2006.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 12, n. 59, pp. 161-182, jan./fev., 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

