

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR
POR DANOS A PACIENTES**

Irinéia Vettorazzi Ferla

Lajeado, junho de 2015

Irinéia Vettorazzi Ferla

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR
POR DANOS A PACIENTES

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Júnior Roberto Willig

Lajeado, junho de 2015

Irinéia Vettorazzi Ferla

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR
POR DANOS A PACIENTES

A banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, na linha de formação específica em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Prof. Me. Júnior Roberto Willig - orientador
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Jorge Ricardo Decker
Centro Universitário UNIVATES

Dr. Guilherme Marobin
Assessor Jurídico do Hospital Bruno Born

Lajeado, 25 de junho de 2015

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

José Saramago – Escritor Português

RESUMO

A responsabilidade civil é um dos temas mais interessantes e problemáticos da atualidade jurídica, tendo expansão no direito moderno e reflexos nas atividades humanas, sejam estas relações contratuais ou extracontratuais. Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a forma pela qual os hospitais poderão ser responsabilizados, identificando os meios legais disponíveis em favor do paciente na busca de seus direitos. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões começam por um resgate da responsabilidade civil. Em seguida, é realizado um estudo sobre a responsabilidade médica. Finalmente, examina-se a responsabilidade do estabelecimento hospitalar, iniciando pela natureza jurídica, passando pela relação médico-hospitalar, abordando inclusive algumas causas exemplificativas de responsabilização deste estabelecimento por danos causados a pacientes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica e hospitalar. Danos causados a pacientes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--------------------------------|
| AgRg | Agravo no Agravo Regimental |
| Art. | Artigo |
| Arts. | Artigos |
| CC | Código Civil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CF | Constituição Federal |
| Jr. | Júnior |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| REsp | Recurso Especial |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| TJ | Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 RESPONSABILIDADE CIVIL | 10 |
| 2.1 A responsabilidade civil e a contextualização no direito brasileiro | 10 |
| 2.2 Espécies de responsabilidade civil..... | 15 |
| 2.3 Pressupostos da responsabilidade civil | 21 |
| 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... | 32 |
| 3.1 Histórico e natureza jurídica da responsabilidade médica | 32 |
| 3.2 Pressupostos da responsabilidade civil médica | 42 |
| 3.3 Deveres do médico | 52 |
| 4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR POR DANOS A PACIENTES | 59 |
| 4.1 Natureza jurídica da responsabilidade hospitalar e a medicina coletiva | 59 |
| 4.2 Relações entre médico e hospital..... | 66 |
| 4.3 Causas de responsabilidade médico-hospitalares por danos a pacientes..... | 76 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 88 |
| REFERÊNCIAS | 91 |

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil está em constante desenvolvimento, tendo em vista o elevado número de casos que buscam, por intermédio da responsabilização dos agentes causadores do dano, uma compensação pecuniária pelo dano suportado, bem como com o intuito de penalizar o ofensor para que não venha a incidir novamente no erro.

Diante deste cenário, com inúmeras possibilidades de casos e causas para análise, o presente trabalho buscou identificar pontualmente hipóteses de responsabilização dos estabelecimentos hospitalares quando estes causarem danos aos pacientes, seja por ação, seja por omissão de seus empregados, prepostos ou médicos, que prestam atendimento inadequado aos pacientes, causando-lhes danos que são passíveis de reparação. Assim, procura-se identificar e demonstrar as hipóteses de responsabilização dos hospitais, bem como os meios legais pelos quais os estabelecimentos poderão ser responsabilizados.

Assim, a presente monografia pretende, como objetivo geral, analisar a forma pela qual os hospitais poderão ser responsabilizados, identificando os meios legais disponíveis em favor do paciente na busca de seus direitos. O estudo discute como ocorre a responsabilização dos hospitais quando seus pacientes sofrem danos? Como hipótese para tal questionamento, entende-se que os hospitais são responsáveis, objetivamente, pelo que ocorre aos seus pacientes por ação ou omissão de seus empregados, serviçais e prepostos, ainda que não haja culpa do empregador, bem como pode ser responsabilizado solidariamente pelos danos causados aos seus pacientes por ato de terceiro (médico), quando é exigida culpa.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, cuja característica é o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, conforme esclarecem Mezzaroba e Monteiro (2009). Para obter a finalidade desejada pelo estudo, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência, relacionando, inicialmente, as noções da responsabilidade civil, passando pela responsabilidade

médica, para chegar ao ponto específico da responsabilidade civil dos hospitais por danos a pacientes.

No primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, é abordada a responsabilidade civil e sua contextualização no direito brasileiro. Após, analisam-se as espécies de responsabilidade civil. Em seguida, discorre-se sobre os seus pressupostos e as causas excludentes de responsabilidade civil.

Com relação ao segundo capítulo, este aborda a responsabilidade civil médica, buscando inicialmente sua natureza jurídica. Em seguida, passa pela análise a responsabilidade civil deste profissional, o médico, quando é subjetiva ou objetiva. Também é analisada se a atividade médica, ou seja, a conduta deste profissional, tem obrigação de meio ou resultado, bem como os pressupostos para sua configuração. Além disso, são discutidos os deveres que estes profissionais possuem.

No último capítulo, faz-se um estudo sobre a responsabilidade civil dos hospitais por danos causados a pacientes, considerando-se, inicialmente, a natureza jurídica dos estabelecimentos hospitalares, com a análise da medicina coletiva. Além disso, é verificada a relação existente entre médico e hospitais, e, especialmente, é examinado um rol exemplificativos de causas que podem ocasionar a responsabilidade do estabelecimento hospitalar de forma objetiva, ou ainda, solidária.

Assim, espera-se que o presente trabalho possa esclarecer as causas de responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares por danos a pacientes causados por empregados seus, prepostos, médicos, ou ainda estranhos a seu quadro funcional.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil surgiu como forma de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial, suportado pelo indivíduo a quem o dano foi causado. Assim, o que gera a responsabilização civil é justamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violado pelo dano (DINIZ, 2014).

A responsabilidade civil será o foco central do presente trabalho. Neste primeiro capítulo, inicialmente, será enfatizada a evolução histórica e a contextualização da responsabilidade civil no Brasil. Em seguida, serão avaliadas as espécies de responsabilidade civil, verificando-se a variação e o desenvolvimento da concepção de responsabilidade civil ao longo do tempo. Ao final desta parte inicial, serão trabalhados os pressupostos da responsabilidade civil.

2.1 A responsabilidade civil e a contextualização no direito brasileiro

A responsabilidade civil é um dos temas mais interessantes e problemáticos da atualidade jurídica, tendo expansão no direito moderno e reflexos nas atividades humanas, sejam estas relações contratuais, sejam extracontratuais.

A responsabilidade civil teve seu marco no início da civilização humana, quando as sociedades primitivas reagiram prontamente às ofensas e lesões sofridas de forma imediata, direta e com violência, que se caracterizavam pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes (DINIZ, 2014).

Esta concepção, segundo Diniz (2014), evoluiu para uma reação individual, uma vingança privada, em que os homens faziam justiça com as próprias mãos, a chamada “Lei de Talião”, compreendida como “olho por olho, dente por dente”, na qual havia uma pequena intervenção do poder público, que estabelecia quando e como o lesado produziria no lesante o mesmo dano a que havia experimentado.

Posteriormente, surge o período da composição, em que a reparação do dano passou a ser pela compensação econômica, na qual ainda não se cogitava a culpa (GONÇALVES, 2014). Esta regra passou a ser obrigatória, o Estado passou a ditar o valor da pena a ser paga pelo ofensor, intervindo nos conflitos privados (DINIZ, 2014).

A distinção entre a pena e a reparação passou a ser abordada somente na época dos Romanos, quando o princípio geral da responsabilidade civil começou a se formar com a *Lex Aquilia*¹, com a discriminação dos delitos públicos e privados, assumindo o Estado tão somente a função de punir, o que fez surgir a ação de indenizar sem a distinção entre a responsabilidade civil e a penal (DINIZ, 2014).

Leciona ainda Diniz (2014) que a estruturação da ideia de dolo e de culpa na Idade Média fez surgir a diferenciação da responsabilidade civil da pena.

No entanto, segundo Gonçalves (2014), foi no Direito Francês que se estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil fazendo diferença entre a culpa delitual e contratual, influenciando nas legislações de outros povos.

A responsabilidade civil, no Direito Brasileiro, também teve influência da jurisprudência francesa, em que o desenvolvimento deste diploma coube a jurisprudência e a doutrina, conforme entendimento de Gonçalves (2014), as quais forneceram subsídios para a solução dos inúmeros litígios que eram submetidos ao Poder Judiciário.

No entanto, o citado autor leciona também que a responsabilidade civil em nosso país passou por vários estágios de desenvolvimento, especialmente pela modificação da legislação existente. Como exemplo, cita o Código Criminal de 1830, que se fundava na justiça e na equidade e que previa a reparação natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse viável.

Inicialmente, “a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal” (GONÇALVES, 2014, p. 27).

¹ “A *Lex Aquilia* estabeleceu a diferença entre pena e reparação. A pena deveria ser aplicada aos delitos públicos, ofensas consideradas mais graves, por serem perturbadoras da ordem pública, situação em que a pena pecuniária imposta ao réu seria recolhida aos cofres públicos. Em sentido diverso, a reparação seria aplicada aos delitos privados e o réu condenado a indenizar a vítima, sendo a única forma de punição para os delitos não criminosos. Definiu também a responsabilidade aquiliana, preceituando que, havendo culpa, por menor que fosse o grau, haveria a obrigação de indenizar. Estando vedada a aplicação da justiça pelas próprias mãos, a função de punir ficou restrita ao Estado” (QUEIROGA, 2007, p. 4/5, grifo do autor).

Entretanto, refere o citado autor, que foi somente no ano de 1916 que o Brasil passou a normatizar a responsabilidade civil, filiando-se a teoria subjetiva, a qual exigia prova robusta da culpa do agente causador do dano e, em determinados casos, presumindo-a.

Contudo, o progresso, o desenvolvimento industrial e o elevado número de danos deram forma a novas teorias visando propiciar mais proteção ao ofendido. Foi neste contexto que a chamada teoria do risco² ganhou força, não se exigindo a apuração da culpa para indenizar o ofendido (GONÇALVES, 2014).

Entretanto, o Código Civil de 2002 ainda manteve o princípio da responsabilidade com base na culpa, possuindo previsão expressa em seu artigo 927, in verbis:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, 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.

Verifica-se, da leitura do artigo citado, que os atos ilícitos constituem o fato gerador da responsabilidade civil. Por ato ilícito, entende-se a ação ou omissão do agente que agiu com culpa ou abuso de direito e causou danos a terceiros. São os atos praticados em contrariedade ao direito, possuindo previsão nos artigos 186³ e 187⁴ do Código Civil (SANTOS, 2008).

No entanto, passando para a leitura do parágrafo único do art. 927, verifica-se que o atual Código Civil impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito (arts. 186 e 187), inclusive com a obrigação de reparação do prejuízo, independentemente de culpa⁵, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

² Em relação à teoria do risco, a mesma pode ser compreendida como “[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”. Quanto ao risco profissional, “sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados o trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 142/143).

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

⁵ Trata-se da moderna teoria da responsabilidade Objetiva, a qual será revisada mais adiante.

No entendimento de Gonçalves (2014), o Código Civil adotou uma solução ainda mais avançada e rigorosa que o direito italiano, do qual o Brasil importou o modelo de Código Civil. Enquanto que o direito italiano prevê o exercício da atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com a inversão do ônus da prova, no direito brasileiro também adotou-se a teoria do exercício da atividade perigos, bem como o princípio da responsabilização independente da existência ou não de culpa para casos previstos em lei, tendo a responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, no entanto, a possibilidade de o ofensor, mediante a inversão do ônus da prova, ver-se exonerado de responsabilização.

Para este autor, a grande inovação do Código Civil de 2002 para a responsabilidade civil está no fato de que o parágrafo único do artigo 927⁶, além de não ter revogado as leis especiais existentes na época e ressalvar as que foram promulgadas, possibilitou à jurisprudência que essa considere atividades já existentes e ainda as que vierem a existir, como atividades perigosas ou de risco.

Assim, verifica-se que o atual Código Civil Brasileiro acolheu a teoria do risco, em determinados casos, em que o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente causador do dano (art. 927, parágrafo único). Mas, importante frisar, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil.

Diante deste contexto, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparar um mal causado a alguém, partindo inicialmente da ideia de confusão entre responsabilidade civil e criminal, com a vingança privada, até o conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência atual da teoria do risco, que foca no horizonte futuro um modelo de responsabilidade objetiva.

Essas formas de apuração da responsabilidade, reparação fundada na culpa e na teoria do risco, no direito brasileiro, trouxeram situações problemáticas para a responsabilidade civil consubstanciada no fato de quem deverá ressarcir o dano causado e como operar-se-á a recomposição do estado anterior do indivíduo e a indenização do mesmo (DINIZ, 2014). Especialmente, porque a responsabilidade civil possui grande importância na atualidade, uma

⁶ Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, 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.

vez que dirige-se:

[...] à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que 'todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada' (DINIZ, 2014, p. 21).

Pondera Diniz (2014) que a fonte geradora da responsabilidade é o interesse de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial suportado pelo indivíduo a quem o dano foi causado.

No mesmo sentido, posiciona-se Gonçalves (2014), ao referir que o instituto da responsabilização civil tem por fim restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano.

Queiroga (2007) também corrobora esse entendimento ao tratar da responsabilidade civil como uma obrigação em que um indivíduo deverá ressarcir o prejuízo que causou ao outro, seja por fato próprio, de pessoas, seja de animais.

Para Santos (2008), a reponsabilidade civil está ligada à conduta do indivíduo que provoca o dano a outrem, sendo que de um lado a responsabilização civil traduz a ideia de que somos responsáveis pela nossa conduta e sujeitos a reparação do dano; por outro lado, que o indivíduo a quem o dano foi causado tem o direito de ser ressarcido de acordo com a proporção do dano suportado.

Verifica-se que toda conduta humana que violar dever jurídico e causar dano a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. Essa violação do dever jurídico configura o ilícito, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano (CAVALIERI FILHO, 2010). O citado autor qualifica o dever jurídico em originário e sucessivo, sendo que o primeiro refere-se ao dano causado a outrem, cuja violação gera o dever jurídico sucessivo, ou seja, a reparação do prejuízo suportado pela vítima.

O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano, objetivo da responsabilidade civil, é uma realidade na nossa legislação civil, encontrando amparo nos artigos 186, 187, 389, 927, *caput*, e parágrafo único, do Código Civil, sendo que desses dispositivos legais extraem-se os elementos essenciais para configuração da responsabilidade civil, a qual pode ser dividida em diferentes espécies, dependendo de onde provém este dever e qual o elemento desta conduta.

2.2 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil possui como elemento fundamental uma conduta voluntária que viola um dever jurídico, podendo apresentar-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva em que se analisa.

A responsabilidade, quanto à violação da norma jurídica, divide-se em civil e penal. Para Cavalieri Filho (2010), na responsabilidade penal tem-se um ilícito penal, no qual o agente infringe uma norma penal de direito público, enquanto que, na responsabilidade civil, a norma violada é de direito privado.

Ambas as responsabilidades, civil e penal, importam violação de um dever jurídico. Contudo, se analisadas sob outros aspectos, a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade, enquanto que, na responsabilidade civil, é patrimonial, respondendo o devedor com o seu patrimônio por suas obrigações (GONÇALVES, 2014).

Direcionando o estudo para a responsabilidade civil, considera-se que ela também possui uma série de possíveis “divisões internas”.

Em relação ao fundamento, a responsabilidade civil poderá ser subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil subjetiva justifica-se na culpa ou dolo, sendo necessária a prova da culpa do agente para que exista o dever de indenizar, conforme refere Diniz (2014). Com relação à responsabilidade civil objetiva, refere a autora, que tal responsabilidade está alicerçada no risco, exigindo tão somente o fato de causar prejuízo à vítima ou aos seus bens para que surja o dever de reparação.

Da mesma forma, Santos (2008) refere que a responsabilidade civil, quanto ao fundamento, divide-se em subjetiva – fundada na conduta culposa – e objetiva, que independe de culpa, apenas sendo exigido o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

A responsabilidade civil subjetiva, para Queiroga (2007), pressupõe a existência de culpa. Contudo, o autor faz uma crítica a essa teoria, no que diz respeito à produção da prova, uma vez que, em muitos casos, a vítima fica impossibilitada de realizá-la e, conseqüentemente, fica irressarcida dos prejuízos.

A responsabilidade civil possui pressupostos que variam de acordo com a espécie. No caso da responsabilidade subjetiva, Coelho (2010) aborda a necessidade de existirem três pressupostos, quais sejam: conduta culposa, dano patrimonial ou extrapatrimonial e a relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Ademais, a responsabilidade civil subjetiva baseia-se no valor da vontade, sendo tal valor a fonte de todas as obrigações.

Em última instância, a imputação de responsabilidade ao culpado pelo evento danoso fundamenta-se na noção da vontade como fonte da obrigação. A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem à conduta diversa da juridicamente exigível. A exigibilidade de conduta diversa pressupõe pelo menos duas alternativas abertas à vontade (consciente ou inconsciente) do sujeito passivo. Se o devedor agiu como não deveria, o fez por ato de vontade (COELHO, 2010, p. 273).

Para Gonçalves (2014), o Código Civil Brasileiro adotou como regra a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que fundamentou a obrigação de reparar o dano no dolo e na culpa, conforme exposto no artigo 186⁷ do Código Civil.

Contudo, salienta o mesmo autor que o dever de reparar o dano dependerá do fundamento que se dê a responsabilidade, assim a culpa será ou não elemento desta obrigação.

Ainda segundo Gonçalves (2014), em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade; caso não houvesse culpa, não existiria o dever de reparar. No entanto, a lei em determinados casos e a certas pessoas impôs a responsabilidade independente da existência de culpa, sendo esta a responsabilidade legal ou objetiva, fundada na teoria do risco, ou seja, todo dano deve ser indenizado, devendo ser reparado por aquele que tenha causado dano a outrem e contenha nexos de causalidade.

Na responsabilidade objetiva, é irrelevante a existência da culpa ou dolo do agente, bastando o nexo de causalidade entre o prejuízo suportado pela vítima e a ação do causador (DINIZ, 2014).

Corroborando este entendimento, Gonçalves (2014) menciona que a responsabilidade objetiva independe da culpa, bastando tão somente a relação de causalidade entre a ação e o

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

dano.

No entendimento de Queiroga (2007), a culpa ou o dolo não são relevantes quando tratamos de responsabilidade objetiva em razão de tal modalidade não exigir a culpa, bastando para que ocorra a responsabilização que o agente tenha dado causa ao resultado. Provada a relação de causalidade, nasce a obrigação de reparar.

Entretanto, a teoria do risco busca justificar a responsabilidade objetiva:

Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que sem indagações de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2014, p. 49).

Ainda segundo o autor, a tese da responsabilidade civil objetiva foi sancionada em várias leis esparsas no Brasil, tais como: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 6.453/77, Decreto Legislativo nº 2.681, de 1912, Lei nº 6.938/81, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras.

Pereira (apud GONÇALVES, 2014) aponta que a regra geral dita que a responsabilidade civil está fundamentada na culpa; no entanto, caso esta não seja suficiente, cumpre ao legislador fixar os casos em que a reparação ocorrerá independente deste instituto. Assim, somente quando a lei autorizar, a obrigação de reparar se abstrairá do conceito de culpa.

Contudo, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil é um avanço no que tange à responsabilidade civil, uma vez que admitiu a responsabilização sem culpa pelo exercício de atividade que, pela sua natureza, representa risco aos direitos de outrem, possibilitando ao Judiciário a ampliação dos casos em que o dano será indenizável (GONÇALVES, 2014).

Analisados os fundamentos da responsabilidade civil, objetiva e subjetiva, e confirmadas ambas as situações no Direito Civil brasileiro, cumpre também analisar o fato gerador dessa responsabilidade, ou seja, se ela decorre de uma relação contratual ou extracontratual.

Inicialmente, para apurar se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, deve-se analisar se o evento danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou

negócio jurídico unilateral, sendo que o dever violado será o ponto de partida para analisar se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, independentemente de ela ser fora ou dentro de uma relação contratual (VENOSA, 2007).

Para Cavaliere Filho (2010), a violação de um direito, passível de responsabilização, poderá ter como fonte uma relação jurídica preexistente, oriunda de um contrato realizado entre ambas as partes, ou, talvez, por uma obrigação imposta por um preceito geral do direito ou até mesmo pela própria legislação.

Diante dessa problemática, o citado autor refere que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, dependendo da natureza da violação.

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual [...]; se esse dever em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual [...] (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

Numa conceituação mais ampla, assim se manifestou:

[...] tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual, há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E, como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual, se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na norma jurídica (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16).

Para Gonçalves (2014), ocorre a responsabilidade extracontratual quando o agente infringe um dever legal, sendo aquela que não deriva de contrato, ressaltando que, neste caso, é aplicável o art. 186 do Código Civil, enquanto que, na responsabilidade contratual, há o descumprimento do que fora acordado.

A responsabilidade civil também é classificada como contratual e extracontratual para Queiroga (2007), que define a responsabilidade contratual como a obrigação existente entre duas pessoas, sendo que uma delas não cumpre com a sua parte no que fora acordado, causando dano ao patrimônio da outra, não se exigindo que esta obrigação seja escrita. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana para o autor não provém de contrato.

Por sua vez, Lisboa (2009) conceitua a responsabilidade extracontratual como sendo aquela que deriva diretamente da lei e a contratual resulta da violação de uma obrigação acordada em um contrato jurídico. No entanto, discorda da equiparação da responsabilidade extracontratual com a responsabilidade aquiliana, defendendo que isso leva a dois equívocos: o primeiro diz respeito à limitação da responsabilidade extracontratual atrelado à culpa; o segundo, diz respeito à relação entre o gênero e à espécie, uma vez que a responsabilidade extracontratual seria o gênero, e a responsabilidade aquiliana, neste contexto, seria uma espécie.

Segundo Queiroga (2007), a diferença que existe entre a responsabilidade contratual e a extracontratual é clara. Assim, enquanto na primeira o dano provém do inadimplemento de uma obrigação, na segunda não existe vínculo entre ofendido e ofensor, mas este possui responsabilidade por infringir um dever legal e causar prejuízo àquele.

Para Gonçalves (2014), a responsabilidade extracontratual encontra fundamentação no atual Código Civil, nos artigos 186 a 188 e 927 a 954. Já a responsabilidade contratual encontra previsão nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do Código Civil. No entanto, cabe ressaltar que o atual Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, mas omitiu sua diferenciação.

A título de exemplificação, para uma melhor compreensão da matéria, BERALDO (2008, p. 62) cita como exemplos: “[...] a pessoa que é atropelada por um ônibus deverá ser ressarcida pelo autor do fato [...]”, qualificando a situação como de responsabilidade extracontratual; porém, “[...] caso a pessoa esteja dentro de um ônibus, viajando de Belo Horizonte para São Paulo e ocorra algum acidente, no qual ela sofra danos materiais e/ou morais [...]”, qualifica a situação como de responsabilidade contratual, por existir um contrato de transporte.

Em relação à indenização, Queiroga (2007) leciona que, na responsabilidade contratual, a prestação inadimplida é substituída pela indenização, abrangendo aos danos emergentes e lucros cessantes. Já na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, a indenização serve para pagamento de despesas efetuadas com o ofendido, além de uma pensão que pode ser equivalente ao dano sofrido.

Ainda cabe referir que, quanto à prova, na responsabilidade contratual normalmente incumbe ao devedor inadimplente, enquanto que na extracontratual esta prova normalmente

caberá à vítima que deverá demonstrar a culpa do agente, com ressalvas no caso de responsabilidade objetiva ou de presunção de culpa (QUEIROGA, 2007).

Em tempo, conforme referido acima, o atual Código Civil, nos artigos 186 e 927, traz a regra geral da responsabilidade extracontratual, enquanto que a contratual encontra previsão nos artigos 389 e 395 do mesmo diploma legal. No entanto, os adeptos da teoria monista discordam deste entendimento, ou seja, da divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

Os adeptos da teoria monista refutam essa dualidade de tratamento da responsabilidade, por entenderem que pouco importa a forma como se apresenta, pois uniformes serão sempre os seus efeitos. Dúvida não paira acerca dessa colocação, porque, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, a responsabilidade civil só se configura se existirem três condições: o dano, o ato ilícito e a relação de causalidade. O Brasil, contudo, consagrou a tese dualista, embora muito combatida (QUEIROGA, 2007, p. 9).

As críticas por parte dos adeptos da teoria unitária ou monista, em relação à divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, também é enfrentada por Cavalieri Filho (2010, p. 16):

Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, se tem acolhida a tese dualista ou clássica.

Entretanto, o Código de Defesa ao Consumidor superou esta distinção entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual no que tange à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços:

[...] Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de defesa do Consumidor, 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16).

Neste contexto, seja no discurso da teoria monista, seja no da teoria dualista, a responsabilidade civil possui o condão de ressarcir o ofendido pelos danos causados por outrem, sendo que, independentemente da existência ou não de relação entre as partes, há elementos que sempre deverão estar presentes e que são conhecidos como os pressupostos da

responsabilidade civil.

Após realizada a análise quanto às espécies de responsabilidade civil, faz-se necessária a abordagem dos seus pressupostos, uma vez que estes são essenciais para a configuração da responsabilidade e, conseqüentemente, o dever de reparar.

2.3 Pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, na concepção de Gonçalves (2014), possui quatro pressupostos essenciais: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Gonçalves explica que os elementos essenciais para configuração da responsabilidade civil possuem previsão expressa no artigo 186, do Código Civil Brasileiro: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Corroborando tal entendimento, citam-se as lições de Queiroga (2007), que também condiciona o dever de indenizar sob a existência de quatro pressupostos: ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima.

Coelho (2010), por sua vez, afirma que os pressupostos da responsabilidade civil possuem variações que dependerão da sua espécie. Assim, para que o indivíduo seja responsabilizado subjetivamente, será necessária a existência de uma conduta culposa que provoque um dano, podendo este ser patrimonial ou extrapatrimonial, além da existência de uma relação de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano do ofendido. Continua lecionando que, para ocorrer a responsabilização do indivíduo na forma objetiva, será necessária a existência de dois pressupostos: a existência de um dano ao ofendido, podendo ser este patrimonial ou extrapatrimonial, e a relação de causalidade entre a conduta do ofensor prevista na legislação e o dano do ofendido.

No entanto, Diniz (2014) menciona ser difícil a caracterização dos elementos essenciais para configuração da responsabilidade civil, tendo em vista que as doutrinas não definem com precisão esses pressupostos, havendo posicionamentos diversos quanto aos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil.

Esta problemática da conceituação dos pressupostos da responsabilidade civil vem descrita por Santos (2008), o qual demonstra que existem divergências doutrinárias a respeito:

A doutrina também diverge quanto aos pressupostos da responsabilidade civil. Sílvio Rodrigues apontava quatro requisitos, a saber: ação ou omissão do agente, a culpa do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (*Direito civil*, p. 13/14); Carlos Roberto Gonçalves apresenta a mesma configuração da responsabilidade civil (*Responsabilidade*, p. 32); Sérgio Cavalieri Filho aponta somente três pressupostos, a saber: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade (*Programa*, p.41); Maria Helena Diniz afirma que são três os requisitos: a ação, o dano e o nexo de causalidade (*Curso*, p. 42); por fim, Fernando Noronha elenca cinco pressupostos da responsabilidade civil: um fato antijurídico, o nexo de imputação, o dano causado, o nexo de causalidade e a lesão a um bem juridicamente protegido (*Direito das obrigações*, p. 467/477) (SANTOS, 2008, p. 32, grifo do autor).

Ao se posicionar sobre o tema, no entanto, o citado autor segue o posicionamento de Maria Helena de Diniz quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles a ação, o dano e o nexo de causalidade, porém acrescentando o nexo de imputação citado por Fernando Noronha.

Independentemente da divisão proposta por tais autores, a responsabilidade civil tem uma construção fática semelhante, sendo que a individualidade dos pressupostos é caracterizada pela forma que cada autor “quebra” essa realidade fática. Neste contexto, no presente trabalho, serão analisados os seguintes pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

O primeiro pressuposto refere-se à ação ou omissão, que podem emanar de ato próprio, de terceiro que esteja sob a guarda do agente, de danos causados por coisas e animais, sendo aplicado a qualquer pessoa que, atuando com ação ou omissão, cause dano a outrem (GONÇALVES 2014).

Tal autor, referindo-se ao ato próprio, como elemento da ação ou omissão, a título de exemplo, cita que pode ocorrer, nos casos de calúnia, injúria e difamação, de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga, e de abuso de direito.

Diniz (2014), entretanto, menciona a existência de uma ação comissiva ou omissiva, podendo ser lícita ou ilícita, que atrelada à culpa tem o risco, gerando a obrigação de indenizar.

Santos (2008) leciona que a responsabilidade civil exige do indivíduo uma conduta que poderá ser omissiva ou comissiva, e estas condutas agregam o conceito de ato ilícito, *in verbis*:

A conduta humana exigida em sede de responsabilidade civil pode se referir tanto à prática de algum ato no sentido de atender ao valor jurídico protegido, quanto à abstenção de algum ato que contrarie a referida proteção. O próprio art. 186 do Código Civil, ao cuidar da cláusula geral de responsabilidade civil, estatui que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito’. Portanto, tanto a conduta comissiva quanto a omissiva integram o conceito legal de ato ilícito, gerador de responsabilidade civil (SANTOS, 2008, p. 35, grifo do autor).

Ainda, ao conceituar a ação omissiva e a comissiva, Santos (apud Cavalieri Filho, 2008) refere que a primeira consiste em uma inatividade de conduta do indivíduo, enquanto a segunda consiste em um comportamento positivo que causa dano a outra pessoa.

Queiroga (2007) conceitua ação e omissão da seguinte maneira:

Ação é ato positivo; a omissão é um ato negativo ou a ausência do ato. Na primeira hipótese, o agente pratica a ação quando é proibido de fazê-lo. É o que acontece nos casos em que mata, fere, calunia, injúria ou difama alguém, ou faz cobrança de dívida já paga etc. A responsabilidade por ação pode decorrer de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais.

Na segunda hipótese, o agente permanece inerte, quando deveria agir. Para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que haja o dever jurídico de praticar determinado ato e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir ou de não se omitir pode ser imposto por lei (exemplo: o dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículos) ou resultar de convenção (exemplo: dever de guarda, de vigilância, de custódia) (p. 16).

Continua lecionando Queiroga (2007) que o ato deve ser ilícito, sendo praticado ou na sua omissão. Assim, refere que “ato ilícito é o que viola direito alheio ou causa prejuízo a outrem, por dolo ou culpa. Em outras palavras, é uma infração ao dever legal de não violar direito e não lesar outrem” Queiroga (2007, p. 16), dever este que se impõe pelos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Tal ato ilícito, conforme refere o art. 186 do atual Código Civil, pode ser doloso ou culposo, sendo o dolo e a culpa segundo pressuposto da responsabilidade civil. O dolo (ação ou omissão voluntária) caracteriza-se pela vontade de o indivíduo cometer um ato que viole o direito de forma consciente e intencional, enquanto a culpa (negligência ou imprudência) é caracterizada pela falta de cuidado. (GONÇALVES, 2014).

Para Queiroga (2007, p. 19), “dolo é a vontade deliberada de cometer determinada infração; culpa é o cometimento da infração sem vontade deliberada. No dolo, há a vontade

consciente. Na culpa, o agente age por imprudência, negligência ou imperícia”.

Refere, igualmente o autor acima, que não há distinção entre os graus de culpa e entre dolo e a culpa⁸, por ser independente do grau, havendo vontade intencional ou não do autor, igual será a obrigação de indenizar.

Continua lecionando o autor que o atual Código Civil consagra a ideia tradicional, quando prevê em seu art. 944 que a indenização mede-se de acordo com o dano. Já, em seu parágrafo único, possibilitou ao juiz adequar o valor da indenização de acordo com a gravidade do dano ou da culpa.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Para Monteiro (*apud* GONÇALVES, 2014), a culpa, segundo a teoria subjetiva, possui distinções quanto à natureza e sua extensão:

[...] Culpa lata ou ‘grave’ é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa ‘leve’ é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa ‘levíssima’ é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*) (p. 53/54, grifo do autor).

Cita ainda Gonçalves (2014) que existem várias espécies de culpa: culpa *in eligendo*, que é a decorrente da má escolha do representante ou preposto; *in vigilando*, que surge da ausência de fiscalização; *in comittendo*, que é a decorrente de uma ação; *in omittendo*, que nasce de uma omissão; e *in custodiendo*, que emana da falta de cuidados com um animal ou objeto.

No entanto, nem todos os doutrinadores citam a culpa como pressuposto. Alguns, como Santos (2008), mencionam que a culpa não é pressuposto, haja vista que poderá existir responsabilização sem que exista culpa. No entanto, a culpa poderá caracterizar uma ação e ser indispensável para determinar a responsabilidade civil subjetiva, que ainda é a regra geral da legislação brasileira. Ainda, “[...] a culpa constitui, ao lado do risco, o que Fernando Noronha denomina nexos de imputação, ou seja, um critério pelo qual se relaciona a ação ao agente” (p. 36), motivo pelo qual muitos autores, como Cavalieri Filho (2010), a vinculam ao primeiro

⁸ Na esfera penal, a culpa é graduada diferentemente da esfera cível, haja vista que o grau de culpa do agente na esfera penal vai exercer influência na graduação da pena, enquanto que na esfera cível o grau de culpa vai ser proporcional ao dano sofrido pela Vítima (CAVALIERI FILHO, 2010).

pressuposto, ou seja, à ação ou omissão ou, como o próprio autor refere, à conduta culposa.

Por outro lado, Gonçalves (2014) disciplina que, para obter a reparação do dano, o indivíduo prejudicado, segundo a teoria subjetiva adotada pelo Código Civil, deve provar o dolo ou a culpa *stricto sensu*⁹ do agente causador do dano. Contudo, às vezes, torna-se difícil conseguir realizar essa prova; assim, o direito positivo admite, em casos específicos, a possibilidade da responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco, abarcando casos de culpa presumida.

Portanto, a culpa é a “inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar” (VENOSA, 2007, p. 22) a qual, ainda, é considerada pressuposto fundamental da obrigação de reparar (STOCO, 2004).

O terceiro pressuposto refere-se à relação de causalidade, também conhecido como nexo causal que, para Gonçalves (2014, p. 54), “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado”.

Ademais, disciplina o doutrinador que, se a causa do dano não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente o dever de indenizar. Com o intuito de proporcionar uma melhor compreensão a respeito da relação de causalidade, esse autor elucida:

Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele ‘causado’ o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento (GONÇALVES, 2014, p. 54).

O nexo de causalidade é o elemento que une o dano ao fato que o gerou (SANTOS, 2008).

No entendimento de Queiroga (2007), a relação de causalidade nada mais é do que o liame existente entre o fato que deve ser ilícito e o dano por este produzido. Ressalta ainda que, sem a existência desta relação de causa e efeito, não haverá obrigação de indenizar.

No entanto, segundo Santos (2008), a relação de causalidade é o elo que liga o dano ao fato que o causou, sendo esta relação o requisito para que seja possível a reparação do dano

⁹ A culpa *stricto sensu* ocorre quando o prejuízo causado a vítima for decorrente de um comportamento negligente e imprudente do autor do dano, enquanto que a culpa *lato sensu* a atuação do agente causador do dano é procurada de forma intencional e assim alcançada, sendo elemento essencial o dolo (GONÇALVES, 2014). Contudo, aborda-se no presente trabalho tão somente a culpa *stricto sensu* por tratar-se da responsabilidade civil médico hospitalar em que se analisa a conduta negligente, imprudente e imperita dos mesmos.

com a responsabilização do indivíduo.

Diniz (2005), por sua vez, entende que não existe a responsabilidade civil sem que haja uma ligação entre a ação e o dano. Ainda, reforça a autora que, para haver o dever de indenizar, é necessária a inexistência das causas excludentes de responsabilidade, ou seja, ausência de força maior, de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima.

As excludentes de responsabilidade, para Diniz (2005), são casos que excluem qualquer responsabilidade do causador do dano.

As excludentes de responsabilidade são também consideradas “[...] casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 66). Ainda, refere o citado autor, que essa impossibilidade ocorre nas hipóteses caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Para Queiroga (2007), existem seis causas que afastam a responsabilidade civil: o estado de necessidade; a legítima defesa; o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal; caso fortuito e a força maior; a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

No entendimento de Diniz (2014), são motivos que excluem a relação de causalidade entre o dano e o fato que o ocasionou: a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, a culpa comum, a culpa de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

As principais causas que excluem o nexo causal, para Gonçalves (2014), são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

No entanto, Santos (2008), ao referir sobre as excludentes de responsabilidade, cita a existência de três causas excludentes do nexo causal: o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

Corroborando os doutrinadores citados, Cavalieri Filho (2010) relata que as excludentes de responsabilidade ocorrem nos casos de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Por fim, o citado autor afirma que não existe possibilidade de alguém vir a responder

por um resultado do qual não tenha dado causa, exemplificando não ser raro que pessoas sejam chamadas a responder por eventos que aparentemente deram causa; porém, quando analisada a relação de causalidade, constata-se que o dano é decorrente de outra origem.

A primeira causa de exclusão da responsabilidade civil refere-se ao caso fortuito ou força maior, que possuem previsão expressa no art. 393¹⁰, do Código Civil, o qual disciplina que o devedor da obrigação não será responsabilizado por prejuízos que resultem de caso fortuito ou força maior, em razão destas excludentes afastarem a relação de causalidade, por serem estranhos a conduta do agente, ensejadora direta do evento.

Atualmente, segundo Cavalieri Filho (2010), muito se discute sobre a diferença existente entre o instituto do caso fortuito e da força maior; no entanto, não existe um entendimento uniforme em relação aos conceitos, apenas que esses estão fora dos limites da culpa. Contudo, o autor entende haver diferença entre caso fortuito e força maior, sendo que refere que o primeiro ocorre quando o evento for imprevisível e conseqüentemente inevitável; porém, se o evento for inevitável, ainda que fosse possível a sua previsão, por fato superior às forças do agente, se estaria diante do instituto da força maior. Assim, o elemento que caracteriza o caso fortuito é a imprevisibilidade, enquanto a força maior é a inevitabilidade.

Gonçalves (2014), por sua vez, apregoa que o caso fortuito é decorrente de fato ou ato alheio à vontade dos envolvidos; logo, a força maior deriva de eventos naturais. Tal autor disciplina que, havendo caso fortuito, não poderá existir culpa, pois um afasta o outro.

No entanto, ressalta Cavalieri Filho (2010) que, no caso da responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade, existem certas hipóteses que o caso fortuito não exclui o dever de reparar, quando se trata de caso fortuito interno, ou seja, fato imprevisível e inevitável, estando relacionado com o risco do negócio, incorporando-se a atividade e não sendo possível exercê-la sem assumir o fortuito¹¹.

Outra hipótese de excludente é o fato de terceiro, segundo Aguiar Dias (apud

¹⁰ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹¹ “O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio” (CAVALIARI FILHO, 2010, p. 318).

CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67), “é qualquer pessoa, além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado”.

Nas lições de Gonçalves (2014), em se tratando de matéria de responsabilidade civil, fica obrigado o causador direto do dano a repará-lo, sendo que a culpa de terceiro não exonera o autor da indenização, tendo o autor a possibilidade da ação de regresso contra o terceiro que deu causa a situação de perigo, nos termos dos artigos 929 e 930 do Código Civil¹².

Concluindo, Gonçalves (2014) refere que, quando a causa exclusiva do prejuízo for o ato de terceiro, desaparecerá o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano. Assim, poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano (GONÇALVES, 2014, p. 476).

Ainda, para Cavalieri Filho (2010), o fato de terceiro somente excluirá a responsabilidade quando romper a relação de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima. Nestes casos, segundo opinião dominante, o fato de terceiro será equiparado a caso fortuito ou força maior.

Destaca-se, também, que o instituto da culpa exclusiva de terceiro foi incluído no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, entre as causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

No entanto, conforme Cavalieri Filho (2010), existem casos em que a própria lei, bem como a jurisprudência, não admitem o fato de terceiro como excludente de responsabilidade, citando como exemplo o contrato de transporte, cuja previsão expressa no art. 735 do Código Civil não exclui a responsabilidade do transportador por fato culposo de terceiro.

¹² Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.
Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Analisada a excludente de responsabilidade por fato de terceiro, cumpre analisar a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, vista por Rodrigues (apud CAVALIERI FILHO, 2010) como causa que exclui o nexo causal, tendo em vista que o agente causador do dano foi apenas instrumento do acidente. Já Gonçalves (2014) aborda esse instituto expondo que, quando houver a ocorrência de um evento danoso por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do sujeito ativo.

Cabe ressaltar que o último autor concorda com o anterior no que tange à culpa exclusiva da vítima em relação ao causador do dano, sujeito ativo, pois ambos afirmam ser este mero instrumento do acidente.

DIAS (apud CAVALIERI FILHO, 2010, p.66) refere que “admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude ao ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.

No entanto, Gonçalves (2014) afirma haver casos em que a culpa da vítima é parcial ou concorrente com o sujeito causador do dano; nesses casos, autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a configuração do evento danoso.

Assim, quando houver a participação de culpa do agente e da vítima, haverá a divisão das responsabilidades, que será realizada de acordo com a parcela de culpa de cada um, nos termos do artigo 945¹³, do Código Civil.

Da análise das excludentes de responsabilidade, conclui-se que, se elas forem reconhecidas, não será possível responsabilizar alguém por um ato que não tenha dado causa, por não haver relação de causalidade entre o dano e o agente.

Concluída a análise do nexo causal e de suas excludentes, parte-se para a análise do dano – o principal pressuposto da responsabilidade civil.

O dano também é pressuposto para a responsabilização civil, haja vista que a reparação civil pelos atos ilícitos causados prescinde da existência do dano, visto que não haverá ação de indenização sem a existência de um prejuízo indenizável que foi experimentado pelo lesado,

¹³ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

sendo ele patrimonial ou moral (DINIZ, 2005).

Para Gonçalves (2014), não existe responsabilização civil sem que haja prova do evento danoso, especificando que existem duas espécies de dano – o material e o moral –, os quais não repercutem nas finanças do ofendido.

Leciona, também Gonçalves (2014), que o Código Civil atual aprimorou o conceito de ato ilícito, exigindo para configuração do dano a violação do direito e a ocorrência do dano, enquanto no Código Civil de 1916 exigia-se tão somente para a configuração do ato ilícito a violação do direito ou a ocorrência do dano a outrem.

Assim, para Gonçalves (2014), sem a existência do prejuízo ao ofendido, não haverá o dever de indenizar, ainda que existam a violação de um dever jurídico, culpa ou mesmo dolo do ofensor. Por tal razão, somente haverá a obrigação de indenizar quando houver, simultaneamente, a violação de um direito e a existência do dano.

Para Cavalieri Filho (2010), o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, pois sem ele não se falaria em indenização, tão pouco em ressarcimento. O autor refere ainda a existência da responsabilidade civil sem culpa, mas não sem o dano, ponderando ser o dano elemento predominante da responsabilidade civil objetiva.

Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Ressalta ainda o autor que o dano é tão importante que, sem a sua existência, pode-se ter até a responsabilidade penal, mas não haverá responsabilização na esfera civil, pois neste caso a reparação importaria enriquecimento ilícito.

[...] Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Venosa (2007) leciona que o dano consiste no prejuízo sofrido pela vítima, moral ou material, sendo essencial a existência do dano para que ocorra a indenização.

Em se tratando de danos materiais, para que surja o dever de indenizar, exige-se lesão concreta ao patrimônio da vítima, sendo indispensável a prova da sua existência e a extensão do dano. Quanto aos danos morais, exige-se lesão ao direito de personalidade, lesão esta que repercute no seu interesse pessoal (DINIZ, 2014).

Quando o ressarcimento do dano moral não era admitido, o conceito de dano era a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. No entanto, em razão do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito do dano moral, em razão da sua natureza não patrimonial, o dano passou a ser conceituado como sendo “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Em síntese, a responsabilidade civil implica a obrigação de indenizar, em que tal indenização prescinde da existência de um dano a ser reparado.

Analisadas as espécies de responsabilidade civil e seus pressupostos, no próximo capítulo será abordada a responsabilidade civil médica, sua natureza jurídica, espécies, pressupostos de configuração, bem como os deveres do profissional médico.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

No primeiro capítulo, abordou-se o tema responsabilidade civil em seus aspectos gerais, um tema atual e de muita importância tanto para estudiosos quanto para operadores do direito. Segundo Gonçalves (2014), dirige-se “[...] à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado”.

Considerando o foco do presente trabalho, a responsabilidade médica, um ramo da responsabilidade civil, neste capítulo, será analisado, em um primeiro momento, a contextualização histórica, bem como a natureza jurídica da responsabilidade destes profissionais. Em seguida, serão trabalhados os pressupostos e as causas excludentes da responsabilidade civil médica. Ao final deste capítulo, serão abordados os deveres relativos a estes profissionais.

3.1 Histórico e natureza jurídica da responsabilidade médica

A responsabilidade médica teve seu marco nos nossos antepassados e foi evoluindo com o tempo, haja vista que as doenças e os males surgiram juntamente com o homem, que tentou combatê-los desde os primórdios, época em que se preconizava unicamente a cura – e não o estudo – das patologias, recaindo à culpa sobre o feiticeiro caso não ocorresse a cura, que por sua vez era acusado de incapaz e imperito (VENCONE *apud* KFOURI NETO, 1998).

Fundamentado nesse posicionamento, Kfouri Neto (1998) refere que a responsabilidade médica atrelada à culpa e à sanção pelo procedimento mal sucedido pelo profissional médico vem sendo aplicada desde os antepassados.

Tal entendimento também vem esboçado nas lições de Couto Filho (2001), quando refere que, na época de talião, a reparação do dano causado ao paciente acontecia mediante

retaliações, havendo duplicidade de danos, respondendo os médicos com a própria vida pelos danos que causassem a seus pacientes.

Neste período, o médico era considerado um mago ou sacerdote com poderes sobrenaturais, e não um especialista (KFOURI NETO, 1998).

Queiroga (2007) também segue referido posicionamento. Contudo, ressalta que, ao final do século XIX e início do século XX, o médico passou a ser visto como profissional, passando a ser médico da família, amigo e conselheiro, sendo o ato médico resumido à relação de confiança do paciente e de consciência do médico.

O Código de Hamurabi, de 1790-1770, antes de Cristo, foi o primeiro documento a abordar sobre o erro médico. Tal código continha normas sobre a atividade médica, abordando que, quando o paciente sofria lesões ou vinha a falecer em decorrência de imperícia ou má prática, o médico deveria ressarcir o dano quando não fosse curado um escravo ou animal, sendo que as penas iam até amputação da mão do médico em razão da imprudência (KFOURI NETO, 1998).

Refere, ainda Kfourri (1998, p. 33) que:

[...] inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto.

Na atualidade, Queiroga (2007) menciona que o médico da família morreu e deu lugar a um especializado que desempenha suas funções de forma fria e impessoal, voltado para os meios extraordinários que a tecnologia atual oferece. Surgindo, assim, o médico de plantão ou de turno obrigado a adaptar-se ao sistema de normas compatíveis com a realidade atual, que nem sempre se adaptava a sua consciência e determinação.

A relação que existia entre médico e paciente em decorrência da quantidade de atendimento aos poucos foi distanciada, conforme afirma Rosado (*apud* QUEIROGA, 2007, p. 142).

As relações sociais massificaram-se, distanciando o médico do seu paciente. 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 de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados.

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 com 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 superficial.

Nesse contexto e com as inovações trazidas pelo art. 951¹⁴, do Código Civil Brasileiro, o médico passou a ser responsabilizado ao agir com imprudência, imperícia ou negligência e causar dano a outrem, sendo obrigado a reparar o dano, devendo o profissional reparar o dano se assim agiu (QUEIROGA, 2007).

No mesmo sentido, posicionou-se o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4^{o15}, ao disciplinar que a responsabilidade destes profissionais será apurada mediante a verificação da culpa.

Para Gonçalves (2014), fazer a prova da negligência, imperícia e da imprudência do profissional é tarefa externamente difícil à vítima. No entanto, por ser o médico um prestador de serviços, a sua responsabilidade, embora seja subjetiva, está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 6^o, VIII, permite que o juiz inverta o ônus da prova em favor do consumidor, devendo, assim, o médico provar que não agiu com negligência, imperícia e imprudência.

Refere ainda o autor que esta hipossuficiência não é somente econômica, mas também técnica, cujo profissional possui melhores condições de apresentar aos autos os elementos, as provas necessárias para que se realize a análise da responsabilidade.

¹⁴ Art. 951, CC. 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.

¹⁵ Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

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

A inversão do ônus da prova na apuração da responsabilidade médica, quando a parte lesada for hipossuficiente, vem sendo adotada Pelo Judiciário, conforme se observa, por exemplo, nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TRATAMENTO PARA HIDROCELE. POSTERIOR AZOOSPERMIA. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. PERICIA TÉCNICA CONCLUSIVA. 1. AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DO CDC. Conhecido o agravo retido, porquanto postulado expressamente em apelação seu conhecimento por esta Corte, conforme ônus imposto pelo artigo 523, caput e § 1º, do Código de Processo Civil. **O fundamento da inversão do ônus da prova está no art. 6º inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que faculta ao Magistrado, presente a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da parte autora, a facilitação da prova. Recurso prejudicado em face da realização da prova pericial.** O descontentamento do autor em relação à conclusão pericial não autoriza a inversão do ônus da prova, de modo a se exigir do réu a produção de prova negativa. 2. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Ausente o nexo de causalidade entre o procedimento realizado pelo autor para o tratamento da hidrocele e seu posterior quadro de azoospermia total, inviável se mostra a responsabilização pretendida. Prova pericial conclusiva neste sentido. Precedentes. Sentença de improcedência mantida. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062367479, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Menegat, Julgado em 29/01/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA MÉDICA E AS SEQUELAS. DEVER DE INDENIZAR INOCORRENTE AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. **Viabilidade da inversão do ônus da prova em se tratando de apuração de responsabilidade civil por erro médico, em razão de a parte autora ser manifestamente hipossuficiente tecnicamente. Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta Corte. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CLÍNICA RÉ. É cediço que os hospitais e clínicas médicas, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC.** ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. Assente no caderno probatório a inexistência de erro no procedimento adotado pelo preposto da clínica ré durante o atendimento médico prestado à autora, inviável o reconhecimento do dever de indenizar da parte ré, ante a ausência de prova do alegado erro médico. Laudo médico que afirma a correção nos procedimentos adotados pelos profissionais da casa de saúde, bem como a inexistência de nexo causal entre a conduta médica e os danos reclamados. Sentença de improcedência mantida. AGRAVO RETIDO DO RÉU DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059544890, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 31/07/2014).

Cavaliere Filho (2010) também compartilha deste entendimento, referindo que o médico é um prestador de serviços, embora a sua responsabilidade seja subjetiva, está sujeito ao Código

de Defesa do Consumidor, autorizando ao Judiciário a inversão do ônus da prova em favor do consumidor:

[...] Pode o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus da dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código Defesa do Consumidor. 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 fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, como observa oportunamente o insigne Néelson Nery Júnior (p. 391).

Continua lecionando Cavalieri Filho (2010) que os profissionais liberais não possuem nenhum regime privilegiado pelo Código de Defesa do Consumidor, este apenas os excluiu da responsabilidade objetiva; no entanto, por serem fornecedores de serviços, estão submetidos aos princípios e regras do CDC, entre eles a inversão do ônus da prova quando a obrigação for de resultado.

Em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica, ela é definida como contratual, segundo Gonçalves (2014), por haver entre o paciente e o profissional que o atende um legítimo contrato.

Da mesma forma, posicionou-se Diniz (2014), ao definir a responsabilidade médica de natureza contratual e qualificando-a como uma obrigação de meio e não de resultado, respondendo o profissional somente se agir com culpa em uma das modalidades: negligência imperícia ou imprudência.

Contudo, Dias (2006, p. 330) refere que “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa”.

Queiroga (2007), no entanto, ressalta que o fato gerador da responsabilidade médica é de natureza contratual ou extracontratual, sendo que a responsabilidade será contratual quando derivar de um contrato que seja estabelecido pela livre vontade das partes, enquanto a extracontratual não deriva de contrato, sendo imputada ao profissional somente a título de culpa.

Sobre a natureza extracontratual da responsabilidade médica, afirma Rosado (*apud* Queiroga, 2007, p. 146) que “[...] o médico somente responde pelos danos causados ao lesado

se ficar provado que agiu com culpa nas modalidades de imprudência (agir com descuido), negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) e imperícia (descumprimento de regra técnica de profissão)”.

Cavaliere Filho (2010) menciona que a divergência existente em razão da natureza jurídica do contrato não altera a responsabilidade do profissional da medicina, tendo em vista que em se tratando de responsabilidade contratual, o que importará saber é se esta obrigação gerada pelo acordo é de meio ou de resultado.

A obrigação será de meio ou de resultado dependendo do resultado a ser exigido pelo paciente, conforme Lisboa (2009), o qual define obrigação de meio como aquela que exige apenas determinado comportamento do médico, não importando se foi ou não alcançado o resultado esperado pelo paciente, pois a forma de responsabilização é mediante culpa. Na obrigação de resultado, pontua ser aquela que exige do médico o alcance do resultado pretendido pelo paciente, respondendo pelo risco de sua atividade.

A responsabilidade contratual também poderá ser ou não presumida, isso dependerá se o médico comprometeu-se com determinado resultado ou apenas a conduzir-se de certa forma (GONÇALVES, 2014).

Por culpa presumida, Cavaliere Filho (2010) entende que é uma presunção relativa da culpa na qual se inverte o ônus da prova. Assim, segundo o autor, o fundamento do dever de indenizar é a culpa, porém a vítima ficará exonerada do *ônus probandi*.

Assim, “o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência” (DIAS, 2006, p. 332).

A obrigação que o médico assume, para Cavaliere Filho (2007), é de proporcionar todos os cuidados, não se comprometendo com a cura, mas de prestar os serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo cuidados e conselhos.

Por mais competência que possua o médico, ele não pode garantir a cura de uma doença ou salvação do paciente que está em estado grave, pois a medicina possui inúmeras limitações, e a obrigação assumida pelo médico é proporcionar ao paciente todo o cuidado que, para Cavaliere Filho (2007), a obrigação assumida pelo profissional é de meio, e não de resultado,

haja vista que o fato do tratamento realizado não ter produzido o efeito esperado, não gera por si só o inadimplemento contratual.

Por tal razão, a responsabilidade médica é subjetiva e com culpa provada, embora possua natureza contratual, na qual o paciente ou seus familiares devem demonstrar que o profissional agiu com negligência, imperícia ou imprudência para o resultado funesto (CAVALIARI FILHO, 2007, p. 361).

Aplica-se, assim, o art. 951, do Código Civil de 2002, que, segundo Kfoury Neto (1998), adotou a teoria da culpa em relação à responsabilidade médica, uma vez que existindo dano, morte, ferimento ou incapacidade do paciente, ele deverá este provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia para que seja ressarcido.

Tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor adotam a teoria da responsabilidade subjetiva, em razão de atrelarem à responsabilidade civil a existência de culpa, independentemente da culpa ser grave ou leve, pois, estando presente o dano, haverá o dever de reparação (GONÇALVES, 2014).

Tanto a obrigação de meio quanto a de resultado exigem o pressuposto culpa (*lato sensu*), naquela, o paciente deverá provar que o médico não agiu adequadamente na execução do contrato; nesta, presume-se que o resultado ocorreu em decorrência da atuação inadequada ou culposa do contratado (STOCO, 2004).

Contudo, para apurar se a obrigação é de meio ou de resultado, busca-se na teoria do resultado a melhor interpretação a respeito, a qual, segundo Stoco (2004, p. 467/468) possui três conclusões sobre o seu alcance: a primeira defende que “a teoria do resultado não rompe com a teoria da culpa”, na qual se impõe a existência da culpa presumida ou demonstrada; a segunda menciona que a “construção doutrinária da teoria da responsabilidade em razão do exercício de uma atividade de meios ou de resultado é inerente à responsabilidade contratual”; já a terceira refere “que a teoria do resultado encontra aplicação plena aos profissionais liberais” de acordo com o § 4º, do art. 14, do CDC, que reafirmou a responsabilidade pessoal mediante culpa.

A teoria do resultado é aplicada como regra nas relações contratuais entre particulares, profissionais e prestadores de serviços. No entanto, na obrigação de meio, apesar do contratado realizar o procedimento com todo cuidado, dedicação e atenção, não visará a um resultado,

enquanto na obrigação de resultado o contratado deverá utilizar corretamente os meios para que o resultado esperado seja obtido (STOCO, 2004).

Ressalta ainda o autor que, independentemente da obrigação assumida pelo médico, a responsabilidade fundamenta-se na culpa, respondendo na obrigação de meio pelo erro de percurso, nunca pelo resultado, cabendo ao contratante demonstrar a culpa do contratado. Já, na obrigação de resultado, o contratado responderá pelo erro de percurso e pelo resultado caso não seja alcançado, sendo a culpa do contratado presumida. Neste caso, o contratado poderá se eximir da obrigação de reparar desde que demonstre não ter agido com culpa, ocorrência de força maior ou culpa exclusiva do contratante.

Busca-se, assim, distinguir a obrigação de meio da obrigação de resultado da atividade médica. Para Demogue (apud STOCO, 2004, p. 466), a distinção está em estabelecer a quem compete o ônus da prova, referindo que a obrigação será de meio, “[...] quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado”; já, na obrigação de resultado, o médico “[...] se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação”, arcando o prestador de serviço com as consequências caso o objeto do contrato não seja alcançado.

Tal entendimento também vem referenciado por Aguiar Júnior (1995, texto digital):

A obrigação é de meio quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia, se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar certa visita.

Assim, para que fique caracterizado o descumprimento contratual, quando a obrigação for de resultado, bastará ao credor do direito demonstrar a existência de um contrato e a não obtenção do resultado esperado; já, ao devedor da obrigação, caberá provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, hipótese que não será responsabilizado (STOCO, 2004).

Na obrigação contratual, conforme o citado autor, o contratado assumirá obrigação de meio quando se comprometer a trabalhar com boa-fé, empenho, dedicação, técnica e prazo sem

a garantia de um resultado, enquanto que, na obrigação de resultado, o profissional garantirá o resultado contratado ao paciente.

Independentemente da obrigação assumida pelo médico, de meio ou resultado, se agir com culpa para a ocorrência do evento danoso ou não atingir o resultado a que se comprometeu, na obrigação de resultado, o profissional fica obrigado a reparar o dano, cujos pressupostos da responsabilidade civil médica serão analisados no tópico seguinte.

Diante de tal contexto, os profissionais da medicina comprometem-se a tratar com cuidado seus pacientes, utilizando-se dos meios adequados, sem a obrigação de curá-los. A responsabilização civil destes profissionais se dará quando ficar comprovada qualquer das modalidades de culpa: imperícia, negligência e imprudência (GONÇALVES, 2014).

A responsabilidade civil do profissional da área da medicina, embora possua natureza jurídica contratual, é caracterizada como subjetiva, ou seja, a culpa deste profissional deve ser provada, uma vez que não decorre do insucesso do diagnóstico ou do tratamento dado ao paciente, cabendo ao mesmo ou aos familiares fazer prova de que o profissional agiu com imprudência, imperícia ou negligência (CAVALIERI FILHO, 2007).

Coelho (2010) considera o profissional liberal como prestador autônomo especializado em serviços, cuja execução a lei exige além de formação em curso superior que esteja sujeito à fiscalização de órgão de classe, sendo responsabilizado pelos danos que causar aos indivíduos que os contratarem.

O caráter subjetivo da responsabilidade médica vem elencado no art. 951, do Código Civil Brasileiro:

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.

Quanto à responsabilidade civil do profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor disciplina, no seu artigo 14, §4º, como sendo de natureza subjetiva:

A lei define expressamente como subjetiva a responsabilidade civil do profissional liberal: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (CDC, art, 14, § 4º). Na aplicação deste preceito, deve-se pesquisar a presença do elemento econômico de identificação do profissional liberal.

Se cometido o erro médico por profissional empregado do hospital ou OPPAS, a responsabilidade por indenizar o paciente é do empregador; é, ademais, objetiva (cf, Stoco, 1995). Se cometido por profissional liberal, é dele apenas a responsabilidade civil; e subjetiva (COELHO, 2010, p. 332).

Refere Coelho (2010) que o profissional liberal responde na forma subjetiva pelos danos causados a pacientes por serem excluídos da atividade empresarial, consoante o disposto no parágrafo único, do artigo 966¹⁶, do Código Civil Brasileiro.

Embora seja o médico um prestador de serviços, cuja responsabilidade poderia possuir um caráter objetivo, donde a culpa não necessita ser provada pelo interessado para que este seja responsabilizado, Cavalhieri Filho (2007) ressalta a exceção a essa regra contida no § 4º, do artigo 14¹⁷, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que a responsabilidade do profissional liberal será verificada mediante culpa, ou seja, o paciente deverá provar que o profissional agiu com imprudência, imperícia ou negligência, para que seja obrigado a reparar o dano, o que caracteriza a responsabilidade subjetiva do profissional.

Dita exceção, segundo o autor, só faz referência à responsabilidade pessoal do profissional liberal não se estendendo a pessoa jurídica para a qual ele trabalhe ou até mesmo tenha sociedade. Assim, no caso de ser pessoa jurídica, a responsabilidade será objetiva, independentemente da existência ou não de culpa por parte do profissional.

Contudo, alerta para os casos em que os profissionais liberais cadastrados no hospital e que não forem empregados, mas que utilizam o ambiente hospitalar para realizarem procedimentos e causarem danos aos pacientes, somente este responderá pelos danos e na forma subjetiva. Mas, se o dano decorrer de defeito do serviço, tais como equipamentos inadequados, erro por parte de empregos que estão auxiliando o profissional liberal, o profissional responde tão somente pela parte que lhe caberia.

¹⁶ Art. 966, CC:

[...]

Parágrafo único – não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹⁷ Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

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

Após verificado o contexto histórico e a natureza jurídica da responsabilidade médica, faz-se necessária a análise doutrinária dos seus pressupostos, o que será abordado no próximo tópico.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil médica

Considerando sua natureza jurídica, referida no subtítulo anterior, verifica-se que, para que seja configurada a responsabilidade civil médica, é necessária a presença de quatro requisitos: ação ou omissão do agente, relação de causalidade, dano e culpa ou dolo do agente (MINODA, 2006).

Para o autor, a existência do dever de reparar está ligada à existência de uma ação ou omissão que praticada ou não pelo profissional, tenha nexos de causalidade com o prejuízo experimentado pela vítima, que este prejuízo exista e que o agente tenha atuado com dolo ou culpa para a ocorrência do evento. A falta de um destes pressupostos não gera o dever de indenizar.

Matielo (2001) também segue este posicionamento ao estabelecer que a responsabilidade civil possui como elementos básicos: a ocorrência do dano, a conduta viciada por culpa do agente e o nexo de causalidade entre o ato executado e o resultado danoso.

Refere o citado autor que o nosso ordenamento jurídico prefere a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que existe a necessidade de demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, sendo de responsabilidade do autor a comprovação de culpa do agente a quem foi imputada a prática do evento danoso.

A responsabilidade médica, segundo Queiroga (2007, p. 144), “tem como pressuposto específico o ato praticado com a violação de um dever médico, imposto pela lei, pelos costumes ou pelo contrato, e que causa o dano patrimonial ou extrapatrimonial a outrem”.

A demonstração da culpa no âmbito da responsabilidade civil médica é defendida pela doutrina:

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas

apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos como saída adaptada à realidade processual (MATIELO, 2001, p. 70).

Abordando, ainda, que a responsabilidade médica regida pelo regime contratual, relação médico/paciente, a infringência a uma das cláusulas implícitas ou explícitas demandará prova consistente, sendo a culpa fator preponderante para que haja o dever de indenizar.

A culpa médica, para Cavalieri Filho (2007, p. 362), pressupõe “uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão”.

Os médicos, segundo Gonçalves (2014), comprometem-se a utilizar todos os meios adequados ao tratamento de seus pacientes, porém não estão obrigados a curá-los, em razão de ser de meio a sua obrigação. Para o citado autor, tais profissionais poderão ser responsabilizados somente se restar provada a culpa em qualquer das modalidades imperícia, imprudência ou negligência.

A culpa, defendida por Matielo (2001), aparece em três modalidades: imprudência, negligência e a imperícia. A primeira é a mais comum em erro médico, pois decorre do orgulho do profissional, em que este age precipitadamente em relação aos procedimentos normais do dia a dia do médico. Em relação à segunda modalidade, comprova-se à medida que o médico deixar de observar ao paciente de um dever imprescindível que impeça o aparecimento de uma lesão. A terceira modalidade se caracteriza quando o profissional aplica mal a sua técnica, ou seja, quando o despreparo é evidenciado.

Em qualquer das modalidades de culpa, o autor cita que se devem analisar os fatores externos e objetivos que deixam vislumbrar a vontade do agente no momento da consumação do dano.

Para que exista o dever de recompor, é necessária a existência culpa. O comportamento doloso produz efeitos idênticos, ou seja, conduz a restauração de tudo o que foi atingido pela lesão. O dolo é a conduta direcionada a obtenção de um resultado lesivo, o agir qualificado pela consciência, fazendo a lesão parte do desenrolar dos fatos sendo assumida de forma voluntária pelo agente na ideia de risco (MATIELO, 2001).

Devido à dificuldade de realização da prova nas modalidades negligência e imperícia, refere Gonçalves (2014), que por ser o médico um prestador de serviços, embora sua responsabilidade seja subjetiva, este sujeita-se ao previsto no CDC, que de acordo com o art. 6º, VIII, permitirá ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do paciente. Ainda, para o citado autor, a hipossuficiência não ocorre em relação à situação econômica do paciente, mas sim em relação à técnica, em razão de possuir o médico melhores condições de trazer ao Judiciário as provas necessárias para a análise da sua responsabilidade.

A culpa é fator determinante da responsabilidade civil médica, salvo exceções previstas em lei, segundo Matielo (2001), por entender que na obrigação de indenizar deve haver a existência do nexo de causalidade que nada mais é do que o vínculo que tem que existir entre a conduta culposa e o dano produzido a vítima.

Ainda, de acordo com o autor citado, a existência do nexo causal é fator fundamental da responsabilidade civil, entretanto, devido à dificuldade da análise dos elementos que conduzem ao dano, muitas vezes tornam-se imperceptíveis em razão dos eventos que antecederam a lesão, necessariamente precisam ser analisadas através de uma investigação mais minuciosa.

O nexo de causalidade é fator fundamental para que ocorra a responsabilização do agente causador do dano, ou do responsável pela atividade, no entanto, refere Melo (2008), que existem situações onde mesmo que o agente tenha envolvimento no evento danoso, mas que a este não tenha dado causa, estará isento da responsabilização e conseqüentemente do dever de repará-lo.

No entanto, existem causas que excluem a responsabilidade civil do médico, uma vez presentes impossibilitam a existência do nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano gerado a vítima, sendo estas: o fato exclusivo da vítima, o caso fortuito ou força maior, e ainda, o fato de terceiro.

As causas excludentes de responsabilidade do médico, segundo Couto Filho (2001, p. 30-31), são “elementos que, uma vez presentes, simplesmente impossibilitam a existência da relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano”, elementos estes caracterizados como fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro.

No entendimento de Gagliano (2012, p. 171), as causas que excluem o nexo de causalidade “de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por

atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”.

Sobre as excludentes de responsabilidade médica, Giostri (2002) afirma que, em primeiro lugar, devem ser analisados uma série de elementos que poderiam interferir na responsabilização do profissional, tais como: os meios que o profissional utilizou para alcançar o resultado pretendido; quais os cuidados de que se utilizou o profissional para servir-se dos meios; qual a participação do paciente em relação ao alcance ou não do resultado, bem como a análise do profissional – especialista ou não – o tempo e o lugar.

Assim, para se avaliar a responsabilidade médica, buscam-se primeiro as causas para em, segundo plano, analisar a culpa (GIOSTRI, 2002, p. 198):

A menção de todos esses elementos permite uma conclusão: o quanto mais importante perquirir, em primeiro lugar, a causa e, só depois, a culpa. No caso da avaliação da responsabilidade do médico, então, esta conduta torna-se essencial, ou ter-se-á à mão uma grande chance de incorrer em erro.

Somente após a análise desses elementos, pode-se interferir na responsabilização do profissional.

Embora a conduta do profissional seja certa e adequada aos deveres da sua profissão, os pacientes podem sofrer lesões que sejam causadas por fatos estranhos, tanto do atuar do profissional quanto do comportamento do paciente, não tendo o médico condição nem de prever ou impedir. Assim, quando o dano for causado por ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à atuação do profissional, resta caracterizada a imprevisibilidade e a inevitabilidade, ou seja, excludente de caso fortuito (GIOSTRI, 2002).

Neste caso, ainda na concepção de Giostri (2002), há distinção entre caso fortuito e imprudência ou negligência da conduta do profissional, uma vez que, no caso fortuito deve ter cuidado na forma de atuação para que seja adimplido a obrigação, ou seja, o resultado do caso fortuito é inevitável e imprevisível, enquanto o de imperícia, negligência ou imprudência estaria inteiramente evitável, se a conduta do profissional fosse correta e cuidadosa.

Quanto à excludente de força maior, refere o citado autor, que decorre da irresistibilidade de um acontecimento que, em razão da sua potência, impede a realização ou

modifica o seu cumprimento da obrigação pelo devedor. Esta excludente assemelha-se ao caso fortuito, pois também é inevitável, pois nenhuma força pode impedir o seu acontecimento.

Em síntese, refere Cavalieri Filho (2007) que o caso fortuito é imprevisível em relação ao acontecimento e a força maior inevitável.

No entanto, Cunha Gonçalves (*apud* GIOSTRI, 2002, p. 200) faz uma diferenciação entre caso fortuito e força maior:

[...] *caso fortuito* – que no seu sentido etimológico quer dizer *o que vem ao acaso, sem previsão, por acidente* (do latim, *fors*) – não pode ser previsto, pelo fato de mostrar-se superior à força ou à vontade do homem.

Já a *força maior*, no entender do autor citado, diz respeito ao fato que se prevê, ou que pode ser previsível mas que, igualmente, não é possível evitar, visto ser, também, mais forte que a vontade ou a ação do homem. Aí estariam incluídas situações tais quais tempestades, enchentes, terremotos, revoluções e guerras. Todos eles elementos são, sem dúvida alguma, previsíveis, sendo, porém, inevitáveis.

Nesse contexto, estando configurada a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fica o profissional liberado de qualquer responsabilidade, não havendo culpa deste profissional não existirá o dever de reparar o dano uma vez que este não deu causa. No entanto, se for comprovada a culpa concorrente entre profissional e paciente, a responsabilidade será bipartida, ou seja, cada um responderá pela sua parcela de culpa, não restando configurada a referida excludente (GIOSTRI, 2002).

Sobre a excludente de fato de terceiro, refere Melo (2008) que esta possui bastante semelhança com o caso fortuito e a força maior, em razão de também ser imprevisível e inevitável, elementos que excluem o dever de reparar, uma vez que desfazem o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador do dano e o seu resultado.

No que tange à excludente de fato de terceiro, Giostri (2002) refere que esta somente poderá ser utilizada pelo médico quando o terceiro for estranho ao corpo médico, uma vez que o médico possui responsabilidades em relação a sua equipe.

Diante disso, Giostri (2002) refere ser aplicável o enunciado da súmula 341¹⁸ do Supremo Tribunal Federal, a qual disciplina ser presumida a culpa do patrão sobre seus empregados por ato culposo. Assim, o médico somente será isento de responsabilidade caso o

¹⁸ Súmula 341, STF: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

dano ocasionado no paciente seja concretizado em razão da interferência ou do ato de indivíduo próximo ao paciente, citando exemplos como familiares, erro do farmacêutico ou do laboratório, que não faça parte da equipe médica.

Sobre a excludente de fato de terceiro, Couto Filho (2001, p. 31/32) cita um exemplo que facilita nossa compreensão sobre como ocorre essa excludente.

[...] Imaginemos, hipoteticamente, o caso de um paciente internado, inconsciente, sob rigorosos cuidados médicos. Sua esposa decide, não obstante tal quadro clínico, retirá-lo do hospital e levá-lo para casa, alegando que pode pagar uma enfermeira e até a visita periódica de um médico, se for o caso, e que não o deixará internado nem mais um segundo, pois se tiver de vê-lo morrer prefere que seja no seu lar. Após ouvir toda a orientação médica de que a locomoção do paciente, assim como sua ausência do hospital, lhe trará sérios riscos, insiste a esposa em sua decisão, dizendo que assina qualquer termo de responsabilidade, afirmando ainda que ninguém pode obrigar seu marido a ficar no hospital, e já que ele se encontra inconsciente, é ela sua responsável legal. Realizados os procedimentos de saída, assinado o respectivo termo pela esposa e providenciada, inclusive, UTI móvel, vem o paciente, durante o percurso para casa, a falecer.

Ainda, refere o citado autor que os casos em que a atuação de um terceiro é causa efetiva e adequada do dano causado a outrem não são raros, no entanto geralmente, em um primeiro momento, tendem a mover a ação de reparação contra quem está mais próxima ao caso, ou ainda, quem aparentemente deu causa ao evento danoso.

Além das causas excludentes de responsabilidade já citadas por Giostri (2002), o mesmo chama a atenção quanto à responsabilidade por fatos das coisas que podem ocorrer em duas possibilidades distintas: quando o dano é causado pelo próprio médico, por meio da utilização de aparelhos, e a outra quando o dano é causado pelo próprio aparelho, sendo independente o cuidado adotado pelo profissional. Assim, para o autor, na primeira situação, a responsabilidade médica fica evidente, já na segunda situação, quando o dano ocorreu devido a problemas ou defeitos no aparelho, a responsabilidade será objetiva razão pela qual cairá sobre o fabricante, importador ou comerciante de acordo com o CDC, devendo o profissional ingressar com a ação de regresso para que sejam responsabilizados.

O Código de Defesa ao Consumidor prevê, em seu art. 12¹⁹, a responsabilidade objetiva do fabricante, incorporador, produtor por defeitos nos produtos, sendo que estes responderam independente da existência de culpa, uma vez que a responsabilidade destes é objetiva.

A responsabilidade do prestador de serviços também está elencada no art. 14 do CDC, prevendo a responsabilização deste por defeitos na prestação:

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

§ 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.

Assim, é de suma importância analisar se o equipamento que causou o dano pertence ao médico, se é de uso pessoal em seu consultório ou clínica, ou ainda se é de propriedade do hospital, o qual é utilizado por diversos profissionais. Haja vista que, no primeiro caso, o médico será responsabilizado pela totalidade dos danos, uma vez que se entende que os

¹⁹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

equipamentos são uma extensão de suas mãos. Já, em relação ao segundo caso, a responsabilidade será bipartida, pois mesmo o equipamento sendo do hospital, o médico será responsabilizado, pois deveria ter se certificado da capacidade de seu funcionamento antes de tê-lo utilizado. Nessa hipótese, sendo tão somente o médico responsabilizado a indenizar o paciente, caberá ao profissional ingressar em juízo contra o hospital através da ação de regresso para reaver a metade do valor pago pela indenização, uma vez que a responsabilidade neste caso será de ambos, médico e hospital (GIOSTRI, 2002).

Já Cavalieri Filho (2007) refere como excludente da responsabilidade do prestador de serviços à inexistência de defeito no serviço, prevista no artigo 14, § 3º, I²⁰, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao médico ou ao hospital fazer prova de que o dano não é decorrente de defeito na prestação do serviço, mas em razão das condições próprias do paciente ou de outro fato da natureza.

Diante da análise de alguns dos requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil médica (ação ou omissão do agente, relação de causalidade, culpa ou dolo do agente), os mesmos fazem referência também ao pressuposto dano, o qual é fator determinante para configuração da responsabilidade civil médica, segundo Melo (2008, p. 29), uma vez que não é possível falar “[...] em indenizar, recompor ou compensar, se não puder provar-se a existência de um dano, ou seja, não há responsabilidade civil sem dano”.

Corroborando, refere Cavalieri Filho (2007, p. 70) que “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil, não haveria o que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano”. Ainda, para o citado autor, poderá haver a responsabilização sem culpa, mas não haverá a responsabilização caso o pressuposto dano não existir.

Em relação ao dano, menciona Cavalieri Filho (2007) que o pressuposto dano é determinante para que exista o dever de reparar a vítima, do dano a ela causado, e que, sem esse pressuposto, poderá até existir a responsabilidade penal, mas não a responsabilidade civil.

²⁰ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

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

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste.

Refere ainda o que o objetivo da vítima receber a indenização é justamente para reparar o prejuízo por ela sofrido, reintegrando-a ao estado que se encontrava antes do evento danoso.

[...] Sem dano pode haver a responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar (p. 71).

Por indenização, entende Gonçalves (2014) que é a reparação do dano causado à vítima, na sua integralidade, de modo que ela seja devolvida ao estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Ressalta ainda o autor que, em razão da dificuldade de ocorrer essa restauração, a compensação ocorre por meio de uma indenização monetária.

Refere também o último doutrinador que o dano é dividido em duas categorias: danos patrimoniais ou materiais, os quais afetam o patrimônio da vítima e os danos extrapatrimoniais ou morais, os quais ofendem a vítima como ser humano. Kfoury Neto (1998) refere que os danos médicos podem ser: físicos (ou corporais), materiais ou morais.

Para Cavalieri Filho (2007), o dano patrimonial também é conhecido como dano material, por atingir os bens que fazem parte do patrimônio da vítima. No entanto, refere o autor que o dano patrimonial pode ocorrer pela violação de bens personalíssimos, tais como: nome, reputação, saúde, imagem e a própria honra, podendo refletir no patrimônio da vítima, vindo a ocasionar perda de receita ou realização de despesas. Para melhor compreensão, cita o autor que, no caso de um médico ser difamado, conseqüentemente, este sofrerá a perda de seus clientes, configurando para alguns doutrinadores o dano patrimonial indireto.

Ainda, para o último doutrinador, o dano material pode atingir o patrimônio presente e futuro da vítima, uma vez que pode provocar a sua diminuição, redução, além de impedir o seu crescimento, sendo este subdividido em dano emergente e lucro cessante.

Em relação ao dano patrimonial ou material, refere Melo (2008) que neles encontram-se as perdas e danos, uma vez que englobam os danos emergentes que são os prejuízos efetivamente sofridos pela vítima e os lucros cessantes, ou seja, aquilo que a vítima deixou de ganhar em razão do dano.

As perdas e danos encontram previsão legal no atual Código Civil, em seu art. 402, ou seja, correspondem ao que a vítima efetivamente perdeu, sendo acrescido do que razoavelmente esta deixou de lucrar.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Analisada a responsabilidade civil por danos materiais ou patrimoniais, faz-se necessária a análise sobre a responsabilidade civil por danos morais ou extrapatrimoniais, conceituada por Gonçalves (2014) como aquela que atinge a vítima como pessoa, integrando os direitos personalíssimos, tais como: honra, dignidade, intimidade, imagem, nome etc..., acarretando à vítima dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, possuindo previsão expressa na Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º, III, e 5º, V e X.

O dano moral, para Cavalieri Filho (2007, p. 77), “não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima”, pois, entende o autor, que a ofensa à dignidade da pessoa humana pode ocorrer, com ou sem dor, vexame, sofrimento e humilhação, em suma a reação psíquica da vítima somente poderá ser considerada dano moral quando a causa for uma agressão à sua dignidade.

Ainda, segundo o citado autor, deve-se considerar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que interfira de forma intensa no comportamento psicológico do indivíduo, gerando desequilíbrio em seu bem estar, do contrário estará banalizando-se o dano moral.

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80).

Além do dano material ou patrimonial, moral ou extrapatrimonial, existe o dano estético, que, conforme Melo (2008, p. 37), “corresponde a qualquer anomalia que a vítima passe a

ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal”. Ainda, para o autor, é possível caracterizar o dano estético quando possa ser constatado que o indivíduo, depois de ter sofrido uma injusta agressão, venha a apresentar sequelas permanentes, sendo-lhe alterada a feição física.

Refere o citado autor que o dano estético pode ser reparado através de cirurgia corretiva; porém, mesmo havendo esta possibilidade, deverá ser estipulado um valor em dinheiro que corresponderá aos danos morais pelo sofrimento suportado pela vítima.

Após a verificação dos pressupostos da responsabilidade médica, é importante que se faça uma abordagem acerca dos deveres atribuídos a esses profissionais, assunto que será abordado no próximo tópico.

3.3 Deveres do médico

O contrato médico, segundo Diniz (2014), ainda que seja implícito, conterà como deveres do profissional da medicina: dar esclarecimento, informações e conselhos ao seu paciente; cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina; e abster-se do abuso ou do desvio do poder.

Gaburri e Araújo (2008) acrescentam que cabe ao profissional da área de saúde o dever de estar em permanente atualização da sua técnica, bem como o de sigilo profissional, prezando pela privacidade do paciente, não revelando, assim, a doença a não ser que esta seja contagiosa, de acordo com o disposto nas normas do Ministério da Saúde e o dever de obter o consentimento de seu paciente ou de um responsável no caso deste ser menor ou estar impossibilitado de fazer.

Dar esclarecimento, informações e conselhos são obrigações do médico, o qual deve orientar seus pacientes quanto ao diagnóstico, ao prognóstico, aos riscos, ao tratamento, às pesquisas e precauções que são exigidas pelo estado que se encontra a doença, caso este dever não seja observado pelo profissional, ele responderá por violação deste dever, segundo o Código de Ética Médica (DINIZ, 2014).

Nas lições de Cavalieri Filho (2010), a atividade médica possui o risco inerente, em razão da sua essência ser de natureza perigosa, caracterizando o risco inerente como:

[...] riscos que são inerentes a certos serviços, intrinsecamente atados à sua própria natureza e modo de funcionamento [...]. Transferir as consequências desses riscos

(inerentes) para o prestador do serviço seria insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. Daí por que, na medida em que o risco inerente está associado a inúmeros serviços como tido como imprescindíveis à vida moderna, o caminho que se tem é controlar a sua execução. Desde que executados com segurança, acompanhados de informações adequadas, não acarretarão responsabilidade para seus operadores pelos eventuais danos decorrentes da periculosidade inerente (p. 174/175).

Refere, também o citado autor, que a importância do dever de informar surge com a inviabilidade da transferência dos riscos inerentes à atividade para o prestador de serviços, pois, além de ser um ônus insuportável, impossibilitaria a própria atividade, concluindo que “a falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter de responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento” (p. 392).

O dever de prestar informações adequadas e claras pelos prestadores de serviço encontra previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso III²¹.

Cavaleri Filho (2010) afirma que o dever de informar está entre os principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares, atrelando este dever ao princípio da boa-fé objetiva, traduzida na cooperação, lealdade, transparência, correção, probidade e confiança, sendo essencial para a existência da relação médico/paciente.

Para Gonçalves (2014), o dever de informar existente no art. 6º, III, do CDC, está ligado ao princípio da transparência, uma vez que o mesmo obriga o fornecedor a prestar todas as informações em relação ao produto ou serviço, esboçando que “o aludido dever abrange o de se informar ao médico acerca do progresso da ciência e sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese” (p. 268).

O dever à informação também está previsto no atual Código Civil, em seu art. 15, que prevê: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

²¹ Art. 6º, CDC: São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Assegurar aos pacientes as informações corretas, claras e precisas também encontra respaldo no princípio da transparência previsto no art. 31²², do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, Cavalieri Filho (2010) explicita que o paciente não pode ser enganado, muito menos mal informado, o qual fazendo referência ao art. 15, do Código Civil de 2002, dispôs que “quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente” (p. 393).

Apesar de os profissionais da medicina e os hospitais não serem responsabilizados pelos riscos inerentes à atividade que exercem, eles podem, sim, vir a responder caso deixem de prestar informações aos pacientes sobre as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Assim, somente com o consentimento expresso, o médico poderá se eximir da responsabilidade pelos riscos inerentes a sua atividade, sendo do profissional ou do hospital o ônus da prova em relação ao cumprimento deste dever (CAVALIERI FILHO, 2010).

Corroborando os demais doutrinadores, Couto Filho (2001) leciona ser inquestionável o dever de informar do prestador de serviços, seja ele profissional liberal, seja pessoa jurídica. Assim, se o prestador de serviços não cumprir a obrigação, estará ele prestando um serviço com defeitos, o que resultará na quebra de parte da obrigação contratual.

Continua lecionando ser fundamental que o profissional da medicina informe seus pacientes sobre os riscos que estes correm ao se submeterem ao tratamento:

[...] não basta que não se tenha lesado o paciente em razão de um atuar falho, é fundamental que este paciente tenha sido devidamente informado sobre os possíveis riscos de ser lesionado em virtude do tratamento ao qual foi submetido, salvo se ocorrer um caso ainda não visto pela comunidade científica, vale dizer, inédito (COUTO FILHO, 2001, p. 51).

Diante do dever de informação e seus limites, Cavalieri Filho (2010) salienta que, em todas as situações, o prestador de serviços deve explicar detalhadamente sobre todos os riscos

²² Art. 31, CDC. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

possíveis e imaginários, desde os mais próximos até os mais remotos, mesmo que as chances que estes riscos ocorram sejam mínimas.

Assim, o conteúdo do dever de informar do profissional da medicina compreende:

[...] todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, consequências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 394).

O autor disciplina ainda que devemos considerar três fatores em relação ao dever de informar: a circunstância em que o fato ocorreu; se os riscos são consideráveis ou irrelevantes; se, caso a informação fosse prestada, o paciente teria recusado os serviços, nos moldes os quais foram realizados, sendo estes os limites do dever de informar. Fora destes limites, não será o profissional responsabilizado.

Esclarece Cavalieri Filho (2010) que o profissional deve ter o consentimento esclarecido do paciente, sendo este dispensável quando se tratar de emergência que não possa ser superada ou de atuação obrigatória.

Em relação ao dever de cuidado com o enfermo, deve o prestador de serviço desempenhar suas funções com zelo e diligência, utilizando de todos os recursos disponíveis na área da medicina, havendo responsabilização do profissional se este deixar de prestar assistência ou relaxar nas visitas, abandonando o seu cliente (DINIZ, 2014).

Na concepção da doutrinadora citada, por ser livre o exercício da medicina, poderá o médico negar-se a atender um paciente sem que tenha de dar satisfações à pessoa que o chamou, no entanto, jamais poderá recusar-se a atender ao chamado de um cliente seu.

Contudo, ressalta que o médico não poderá deixar de atender pacientes que procuram seus cuidados em caso de urgência ou emergência, conforme previsão expressa no art. 33, do Código de Ética Médica:

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Ademais, o médico não poderá abandonar os pacientes que estejam sob os seus cuidados, consoante art. 36, § 1º e § 2º, do Código de Ética Médica:

Art. 36. Abandonar o paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Entretanto, existem certas situações em que o médico poderá ser substituído por outro profissional da medicina, que, de acordo com Diniz (2014, p. 343), acontecerá se:

a) sua escolha não foi feita *intuitu personae*; b) demonstrar que lhe era, realmente, impossível ocupar-se do doente, ante a ocorrência de fatos que prejudiquem o desempenho profissional ou o bom relacionamento com o paciente, desde que comunique sua renúncia ao atendimento ao paciente ou a seu representante legal, e forneça informações ao médico que o suceder; c) observar que o enfermo ou sua família não seguem suas recomendações; d) pretenderem impor-lhe ajudante ou enfermeira cuja habilidade ou competência desconheça ou que critiquem seu modo de agir; e) não lhe derem a devida consideração; f) à sua revelia, for consultado por outro médico, colocando-o em situação falsa ou vexatória perante o colega. Todavia, pelo CEM, art. 39, não poderá opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal; g) havendo motivo justo, tiver de abandonar paciente portador de moléstia crônica ou incurável, desde que comunique o fato ao paciente ou familiar (grifo do autor).

O Código de Ética Médica, em seu art. 8º²³, prevê que o médico não pode afastar-se de suas atividades, ainda que temporariamente, sem que outro profissional assuma a responsabilidade de realizar o atendimento aos pacientes que estejam internados ou em estado grave.

Caso o profissional assistente atuar com negligência, encaminhando o paciente que necessita de cuidados especiais a um profissional sem muita prática ou com menos habilidade, responderá este pela escolha que realizou (DINIZ, 2014).

Nesse caso, leciona a citada autora que o médico deverá sempre ter a anuência de seus pacientes em relação ao tratamento a ser realizado, sendo dispensada quando este for menor ou tiver problemas mentais, cujo consentimento será manifestado pela pessoa que tiver a sua guarda. Quando a operação ou tratamento tenha caráter emergencial – devido ao perigo de vida

²³ Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

que se impõe ao doente –, havendo possibilidade, o consentimento deve ser expresso por parentes do paciente.

Tal consentimento, para a doutrinadora citada, libera o profissional da medicina da responsabilização, no entanto existem situações em que o médico não poderá se apropriar deste consenso.

Sobre o dever de abster-se do abuso ou do desvio do poder, refere Diniz (2014) que somente quando for imprescindível para combater mal que acarreta ao paciente perigo de vida é que o médico poderá tentar pesquisas ou experiências no corpo humano, estando esta possibilidade atrelada às normas nacionais e desde que resguarde a vulnerabilidade do paciente.

Segundo Dias (2006), o médico não poderá exceder os limites pelos quais tenha contratado com o cliente ou com quem por ele estipulou, ainda que este contrato seja implícito, podendo o profissional ser responsabilizado pelos danos que causar.

Para Savatier (*apud* DINIZ, 2014, p. 344), não devemos seguir todo o rigor mencionado pela regra, pois assim engessamos a liberdade do profissional para que este ouse, tentando novos métodos científicos, por entender que o médico “[...] que deve salvar vidas, deve necessariamente saber arriscar”.

Diante desse contexto, a responsabilidade civil médica possui várias características, vários são os fatores que os levam a uma responsabilização, assim como vários são os fatores que podem inibir eventual responsabilização médica, sendo a responsabilidade do médico quando:

Se, contrariando pedido do doente ou de seus familiares, não requisitar a presença de especialista; b) se chamar como auxiliares pessoas não habilitadas (CEM, art. 2º); c) se praticar aborto fora dos casos permitidos em lei; d) se receitar substâncias tóxicas ou entorpecentes, satisfazendo a clientes viciados; e) se agiu negligente ou imprudente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica, resultando morte, inabilitação para o trabalho ou ferimento [...] (DINIZ, 2014, p. 345).

A não observância pelos médicos dos seus deveres para com os seus pacientes supra-analisados podem ocasionar a sua responsabilização.

No decorrer do presente capítulo, foram analisados o histórico e a natureza jurídica da responsabilidade médica, seus pressupostos e causas que excluem a sua responsabilidade e,

ainda, demonstrado os deveres relativos ao médico em razão da sua atividade. A responsabilidade do médico está diretamente relacionada à atividade hospitalar, por prestar os seus serviços dentro do hospital, seja na condição de funcionário, preposto ou mesmo sem nenhum vínculo com a sociedade hospitalar, mas que a utiliza para realizar procedimentos cirúrgicos.

Diante dessa relação entre médico e hospital, será abordada no próximo capítulo a responsabilidade do estabelecimento hospitalar pelos danos causados aos pacientes e as hipóteses de configuração de tal responsabilidade.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR

POR DANOS A PACIENTES

No decorrer do capítulo anterior, abordou-se a responsabilidade civil médica, cuja obrigação de indenizar “[...] só se tornará exigível diante da demonstração de que o dano de que se queixa a vítima tenha decorrido de negligência, imperícia ou imprudência no exercício da atividade profissional” (DIAS, 2006, p. 331).

O citado autor leciona, ainda, que este profissional insere-se normalmente em uma estrutura hospitalar por possuir a organização hospitalar tanto a obrigação de assistência médica como a de hospedagem.

Estas obrigações hospitalares serão analisadas no decorrer do presente capítulo, abordando-se, inicialmente, a natureza jurídica da responsabilidade hospitalar e da medicina coletiva, para, posteriormente, analisar-se a relação existente entre o médico e a organização hospitalar, chegando-se, no final, às causas de responsabilidade hospitalar por danos a pacientes.

4.1 Natureza jurídica da responsabilidade hospitalar e a medicina coletiva

A responsabilidade médica empresarial, tanto dos hospitais, como clínicas e casas de saúde eram enquadradas pela doutrina e a jurisprudência, na forma do artigo 932, IV²⁴, do atual Código Civil Brasileiro, que disciplina a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias (CAVALIERI FILHO, 2010).

²⁴ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
[...]

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

Ainda, nas lições do último doutrinador, os estabelecimentos hospitalares, além de possuírem a obrigação de curar o paciente e oferecer tratamento médico, possuíam uma obrigação de hospedagem, ou seja, neste caso havia uma presunção de responsabilidade que tornava o hospital responsável pelos danos que pudessem ocorrer ao paciente.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, essa fundamentação perdeu o sentido, uma vez que os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e segundo o disposto no art. 14 do CDC, respondem a esses de forma objetiva pelos danos que causarem aos seus pacientes (CAVALIERI FILHO, 2010).

A relação entre paciente e hospital é contratual, independente de forma, podendo ser escrita ou verbal, expressa ou tácita, onerosa ou gratuita, cuja atividade hospitalar é acessória, consistindo em descanso, alimentação, aplicação medicamentosa, monitoramento, higienização, entre outras, e da necessária terapia (SEBASTIÃO, 2003).

A obrigação dos hospitais é semelhante à dos hoteleiros, segundo Dias (2006), uma vez que compreende os deveres de assistência médica e de hospedagem.

Nas lições de Vassilieff (2008), as pessoas jurídicas que atuam na área da saúde enquadram-se como prestadoras de serviços, sendo reguladas pelo Código Civil, de modo geral, e pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo especial, cuja responsabilidade é objetiva, necessitando apenas provar o dano e o nexo de causalidade para configurar a obrigação de indenizar o paciente pelos danos sofridos, podendo ser estes danos materiais e morais.

No mesmo sentido, manifestou-se Queiroga (2007), ao lecionar que os estabelecimentos hospitalares sujeitam-se às regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se enquadram na qualidade de prestadores de serviços, conforme o art. 3º deste diploma legal, cujo conceito de produto e serviço vem disciplinado nos parágrafos primeiro e segundo deste artigo²⁵.

²⁵ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

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

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14²⁶, refere que o prestador de serviços responde, ainda que não possua culpa pelos danos que causar a outrem, quando prestar informações inadequadas ou insuficientes, ou ainda, por defeitos na prestação dos serviços (QUEIROGA, 2007).

O defeito na prestação de serviços vem conceituado no parágrafo 1º, do art. 14, do CDC, ao legislar que 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 o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido”.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Vasconcelos Benjamin (*apud* QUEIROGA, 2007), refere que somente o profissional liberal terá a sua responsabilidade alicerçada na culpa, já a responsabilidade do hospital será verificada ainda que não exista culpa.

Por profissional liberal, há que se entender o prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência [...] A exceção aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente (p. 158).

Para Cavalieri Filho (2010), não é incompatível a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares com a responsabilidade objetiva solidária prevista no CDC, uma vez que a responsabilidade do estabelecimento hospitalar só ocorrerá quando o dano for decorrente de defeito do serviço, sendo que a responsabilidade do hospital poderá ser afastada desde que prove que não existiram defeitos na prestação de seus serviços.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a inversão do ônus da prova, bem como a responsabilidade solidária entre os responsáveis pelo evento danoso com o objetivo de facilitar e assegurar que o dano sofrido pelo paciente seja reparado (VASSILIEFF, 2008), o que aumentou a possibilidade de reparação por danos materiais ou morais.

²⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Verifica-se que a responsabilidade hospitalar tomou novo enfoque a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, aumentando as chances do paciente ser reparado por eventuais danos suportados pela utilização dos serviços médicos e hospitalares, fato este que traz a necessidade de analisar-se as relações jurídicas mantidas pelo profissional da medicina nas mais diversas espécies com o hospital.

Ao analisar a medicina coletiva²⁷, Aguiar Júnior (1995) faz quatro distinções: o ato médico propriamente dito, aquele que somente pode ser realizado por profissional habilitado, tais como diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia e prognóstico pela qual o profissional responderá; os atos realizados por pessoal auxiliar, estando estes sob a sua direta supervisão, ou ainda, por pessoal qualificado que siga as suas instruções, pelas quais também responderá; dos atos derivados de contrato de hospedagem atrelados à administração do estabelecimento hospitalar, tais como o dever de guarda do doente; e dos atos de tratamento, que são realizados em hospitais ou em farmácias pelos quais o médico não será responsabilizado.

Contudo, o citado autor relata que, embora o hospital seja uma universalidade de fato, formado por um conjunto de instalações, equipado com aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos e destinado à realização de tratamentos de saúde com vínculos a uma pessoa jurídica, ele não realiza ato médico; portanto, não poderá incidir sobre ele o teor do art. 951²⁸ do CC de 2002.

O hospital, ao firmar com o paciente um contrato, assume uma obrigação de meio, que consiste em fornecer hospedagem e serviços paramédicos²⁹, e, possuindo médicos na condição de empregados, também poderá prestar serviços médicos propriamente ditos (AGUIAR JÚNIOR, 1995). Havendo atuação culposa desses profissionais, empregados do hospital, ou dos auxiliares, refere o autor que responderá o hospital como comitente na forma do artigo 932,

²⁷ Por medicina coletiva, segundo Aguiar Júnior (1995, p. 25), entende-se as relações jurídicas de diversas espécies mantidas pelo médico no desempenho de sua função, citando como exemplos as relações entre “[...] o médico e o hospital, o médico e seu pessoal auxiliar, o cirurgião e o anestesista, as relações entre os integrantes da equipe ou do grupo, do generalista com o especialista, a situação especial dos hospitais públicos, dos médicos credenciados pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), os convênios de saúde, etc. [...]”.

²⁸ 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.

²⁹ Atos paramédicos são os praticados pelos enfermeiros e outros profissionais da saúde que executam ordens do médico (KFOURI NETO, 2010).

inciso III, do CC/2002³⁰.

Tal entendimento vem expresso na Súmula 341³¹ do STF, que pacificou o entendimento sobre a responsabilidade do hospital pelos atos culposos produzidos por seus empregados ou prepostos.

A relação existente entre o estabelecimento hospitalar e o paciente é contratual e independente da forma (SEBASTIÃO, 2003).

Corroborando o citado doutrinador, Stoco (2004) refere que, se o médico possuir vínculos com o estabelecimento hospitalar, seja na condição de empregado³², seja na de preposto³³, responderá a sociedade hospitalar por ato culposo deste profissional, podendo o estabelecimento ingressar com ação regressiva contra o agente que diretamente causou o dano.

Assim, conforme o autor citado, o hospital responderá pelos atos médicos praticados pela sua administração e dos profissionais da medicina que estejam na condição de seus empregados. No entanto, caso o médico seja profissional independente e apenas tenha utilizado as dependências do estabelecimento hospitalar por interesse ou conveniência de seu paciente ou dele próprio, a culpa deverá ser apurada de forma individual (STOCO, 2004).

Da mesma forma posiciona-se Kfoury Neto (2010), ao lecionar que o fato do estabelecimento hospitalar ceder ao médico suas instalações a título oneroso, não lhe torna corresponsável.

Stoco (2004) refere, ainda, que essa responsabilidade deve ser analisada de maneira individual, de forma que, se as lesões causadas ao paciente foram oriundas do atuar culposo do profissional autônomo contratado pelo hospital, somente o profissional responderá; contudo, se

³⁰ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

³¹ Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

³² Conceito de empregado é toda pessoa contratada com um vínculo formal de emprego com o objetivo de prestar serviços a uma pessoa jurídica ou física, estando subordinado a este, recebendo remuneração para tanto (STOCO, 2004).

³³ Preposto é aquele que, sob a delegação de alguém, dirige um negócio (STOCO, 2004). Mas, refere Dias (*apud* STOCO, 2004, p. 921) que preposto, comissário ou empregado é “aquele que se posta como dependente, que recebe ordens, sob o poder de direção de outrem, que sobre ele exerce vigilância, a título mais ou menos permanente”.

restar comprovada ação ou omissão culposa do estabelecimento hospitalar, realizados por seus dirigentes, empregados ou prepostos, somente este responderá. Contudo, ainda, haverá responsabilidade solidária entre o hospital e o médico, caso ambos tenham agido com culpa.

Quando se tratar de médicos que integram o quadro clínico da sociedade hospitalar, não sendo estes remunerados, Aguiar Junior (1995) relata que se deve fazer a seguinte análise: se o paciente procurou diretamente o hospital e ali foi atendido por médico integrante do seu corpo clínico, mesmo que não seja empregado da sociedade hospitalar, responderá o hospital em solidariedade com o profissional pela atuação culposa. No entanto, o autor defende que, caso o paciente procure diretamente o profissional da medicina e este o encaminha ao estabelecimento hospitalar, o contrato é realizado entre paciente e médico. Nessa hipótese, o hospital não responderá pela atuação culposa do profissional, ainda que este seja integrante de seu quadro, mas sim por defeitos na prestação de serviços.

Corroborando este posicionamento, Guilherme (2011) refere que, quando o paciente contrata diretamente com o médico e este não possui nenhum contrato de trabalho com o hospital, a doutrina majoritária entende não ser possível a responsabilização do hospital, uma vez que ele estará agindo como mero hospedeiro, não existindo entre médico e hospital vínculo de emprego ou preposição.

Apesar das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o hospital não responderá objetivamente quando a indenização for proveniente de dano causado por médico que integra seu quadro, uma vez que primeiro deve ser provada a culpa do profissional para depois ter-se presumida a culpa do estabelecimento hospitalar (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

No mesmo contexto é o entendimento de Kfoury Neto (2010), pois, para haver o dever de reparar pelo estabelecimento hospitalar, deverá ser suficientemente clara a culpa do médico, seu preposto.

A responsabilização do estabelecimento hospitalar pode ocorrer, também, pelo não atendimento do paciente, caracterizado pela simples recusa, ou seja, por falta de assistência, por defeitos organizacionais e não manutenção do serviço necessário aos atendimentos de emergências previsíveis (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

Entretanto, salienta o autor citado que o encaminhamento do paciente para um hospital de referência também é considerado uma forma de não atendimento do paciente, no entanto, se

a transferência do paciente for justificada, não constitui motivo para responsabilização do médico nem do hospital.

Em procedimentos realizados por equipe cirúrgica, a responsabilização recai sobre o chefe da equipe, que responderá pelos atos dos demais profissionais médicos, bem como pelos serviços do pessoal da enfermagem, exceto quando os atos praticados forem banais e comuns, neste caso a responsabilidade será do estabelecimento hospitalar (KFOURI NETO, 2010).

Salienta também o citado autor não haver uma relação de subordinação entre o médico cirurgião e o anestesista. Estando demonstrada a relação e o nexos de causalidade, exclusiva do ato do anestesista, para ocorrência do ato danoso, sem que tenha concorrido para isto o cirurgião, somente o anestesista será responsabilizado pelos danos causados ao paciente. Mas, pode o cirurgião chefe ser responsabilizado por culpa *in eligendo* quando escolher o anestesista que não possui formação necessária para o desempenho da função e que seja do seu conhecimento, vindo a cometer dano.

Contudo, se o anestesista integrar o quadro médico do estabelecimento hospitalar, sem que seja permitido ao paciente que este realize a escolha, havendo danos, respondem solidariamente o hospital e o anestesista (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

Faz-se necessário, também, analisar a responsabilidade de um grupo de médicos associados com a mesma habilitação ou não, mas que fazem revezamento para o atendimento ao doente e causarem danos, cada qual responderá pela sua atuação culposa (AGUIAR JUNIOR, 1995).

Quanto à responsabilidade dos médicos clínicos gerais e dos especialistas em áreas específicas, o citado autor refere também que o médico generalista responde quando deixar de chamar um especialista, havendo a necessidade e possibilidade; no entanto, se o médico generalista cumprir o determinado pelo especialista, que foi contratado pelo paciente, responde o médico especialista pelos danos advindos. Contudo, se o generalista optar por outra indicação terapêutica, diferentemente da prescrita pelo especialista, responderá sozinho pelos danos advindos.

A atividade hospitalar, nos termos ora analisados, parte do pressuposto da prestação de serviços de hospedagem e médicos, tendo um novo enfoque a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que ampliou as formas dos pacientes serem responsabilizados pela má

prestação dos serviços médicos e hospitalares por eventuais danos suportados na utilização de tais serviços, fato que traz a necessidade de analisar-se as relações jurídicas mantidas pelo profissional da medicina, nas mais diversas espécies, com o hospital.

4.2 Relações entre médico e hospital

Antes de adentrar-se diretamente nas causas de responsabilização dos hospitais por danos a pacientes, faz-se necessário aprofundar a análise da relação existente entre o médico e a instituição hospitalar, que, de acordo com Kfoury Neto (2010), podem acontecer sob quatro formas: quando o médico está vinculado à sociedade hospitalar por qualquer forma de preposição; quando o profissional da área da medicina apenas utiliza as dependências hospitalares, mas sem nenhuma espécie de vínculo com o estabelecimento; solidariedade entre as operadoras de planos de saúde e médico; e a responsabilidade civil do Sistema único de Saúde – SUS, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, hospitais e médicos conveniados.

Na primeira forma de relação entre médico e hospital, analisa-se quando o médico é vinculado ao estabelecimento hospitalar sobre qualquer forma de preposição, seja ela como empregado, sócio-cotista, seja integrante do corpo clínico.

Quando existirem alguma dessas formas de preposição, Kfoury Neto (2010) refere que será solidariamente responsável a sociedade hospitalar por atos culposos que seus prepostos praticarem.

Da mesma forma posicionou-se Stoco (2004), ao lecionar que os hospitais também são responsáveis pelos danos provocados pelos médicos quando considerados seus prepostos ou empregados, sendo aplicada a regra do art. 932, III, do atual Código Civil.

Aguiar Júnior (1995) chama atenção para o fato de o médico ser integrante do corpo clínico do estabelecimento hospitalar, sem que receba remuneração, e este encaminha a baixa do paciente para a sociedade hospitalar, respondendo somente o médico pelos danos causados ao paciente decorrente da sua culpa. O hospital só será responsabilizado, neste caso, pela má prestação dos serviços hospitalares.

Nesse contexto, reforça Kfoury Neto (2010) que o dever de indenizar pelo estabelecimento hospitalar só estará configurada se for suficientemente clara a culpa do

profissional médico, seu preposto.

A comprovação da culpa dos prepostos para a responsabilidade dos hospitais no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos é defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante pode ser observado no acórdão do Recurso Especial nº 258.389/SP:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estada do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (REsp 258.389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005).

Relata, também, Aguiar Júnior (1995) que, mesmo após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, o estabelecimento hospitalar não responderá na forma objetiva por danos causados por médico que integra seu corpo clínico, uma vez que primeiro é preciso provar a culpa do profissional para posteriormente ter presumida a culpa hospitalar.

Stoco (2004, p. 729) também compartilha desse entendimento, referindo ser inviável a responsabilização do hospital na forma objetiva, quando restar comprovado que o profissional não agiu com culpa, só em razão do vínculo de emprego existente entre ambos:

Cabe, finalmente, obter a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Refere, também, o citado autor, a importância de o Código de Defesa do Consumidor ter condicionado a responsabilidade do fornecedor de serviços, no *caput*, do art. 14, a defeitos

na prestação dos serviços.

A expressão “defeitos na prestação de serviços”, para Stoco (2004), embora contradiga o princípio adotado no art. 14 do CDC, da responsabilidade objetiva, induz culpa e, quando tratar-se de atividade médica e a contratação é de meios, o resultado que não se queira não pode ser visto como um defeito, pois o defeito só estará configurado quando a lesão causada ao paciente for resultado de um procedimento totalmente fora dos padrões, e com clareza da culpa de quem a causou.

Tal posicionamento adotado por Stoco (2004) também é seguido em posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Como exemplo, pode-se citar a apelação cível nº 70029719267, cujo relator é Tasso Caubi Soares Delabary:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS MORAIS. NOSOCÔMIO. ERRO MÉDICO ORIUNDO DE DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. APENDICITE AGUDA. Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos no exercício da medicina, embora a pessoa jurídica responda objetivamente nos termos do CDC, quando o ato decorre do exercício da atividade médica, a responsabilidade deve ser precedida do exame da culpa subjetiva do profissional da medicina. Isso porque, a responsabilidade dos nosocômios, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. (REsp. 258389/SP). Hipótese em que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Destarte, não se considera como objeto da obrigação a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, e, evidentemente, os recursos disponíveis ao profissional da medicina, o qual deve agir, sempre, da maneira mais cuidadosa e consciente possível. Ademais, não é função do julgador avaliar questões de alta indagação científica, e, tampouco, pronunciar-se acerca do tratamento mais indicado para a cura do doente. Ao julgador cabe, na realidade, verificar as diligências que os profissionais da medicina poderiam e deveriam ter dispensado ao paciente no caso concreto, de forma a concluir se ocorreu, efetivamente, falha humana que ensejou prejuízos reparáveis aos lesados. ERRO DE DIAGNÓSTICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CARACTERIZADOS. Hipótese dos autos em que a paciente foi internada no nosocômio com dor intensa na parte inferior do abdômen e vômitos, sendo diagnosticado, desde a primeira consulta, que a paciente sofria de cólicas renais. A paciente recebeu tratamento para cólicas renais, por mais aproximadamente dois dias e meio, internada no hospital, sem que houvesse evolução do quadro. A prova evidenciou que a paciente em realidade estava acometida de outro mal, pois apresentava quadro de apendicite aguda, que evoluiu para resultado irreversível. Os elementos de prova constante dos autos evidenciam que ocorreu um diagnóstico pré-maturo e incorreto do quadro clínico da paciente, especialmente porque os sintomas apresentados pela paciente não permitiam que se descartasse a hipótese de apendicite, em sua fase inicial, principalmente pela associação da dor abdominal ao aumento da taxa de glóbulos brancos. Os profissionais médicos do Hospital, ao fecharem o diagnóstico de "cólica renal", privaram a paciente falecida de uma maior chance de sobrevivência, pois a hipótese de apendicite aguda foi estabelecida muito tardiamente, quando a paciente já estava com um quadro avançado de apendicite e com infecção generalizada abdominal. Conduta negligente da equipe médica do nosocômio que métodos científicos que facilitaríamos a descoberta do diagnóstico cientificamente mais

provável, deixando de avaliar a possibilidade de um quadro de apendicite. Erro de diagnóstico. Aplicação da teoria da chance perdida (de sobrevida) para deferir indenização por danos morais a filha e ao esposo da paciente falecida. Dano moral que decorre do próprio fato, *in re ipsa*. Valor da condenação fixado, além das peculiaridades do caso em concreto, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como com a natureza jurídica da condenação. DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70029719267, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 09/12/2009)

Portanto, quando o médico estiver vinculado ao hospital, seja na condição de empregado, sócio-cotista, integrante de corpo clínico, responde o hospital pelos danos causados aos pacientes na forma subjetiva, cuja culpa do profissional deve estar devidamente comprovada para haver a responsabilização do hospital.

A segunda forma de relação entre médico e hospital ocorre quando o profissional da medicina apenas utiliza as dependências hospitalares, sem que haja nenhuma espécie de vínculo com o estabelecimento, por exemplo, na locação de centro cirúrgico.

Inicialmente, para apurar a responsabilidade médica e hospitalar neste quesito, Kfoury Neto (2010) traz à discussão o fato da caracterização, ou não, do vínculo de preposição, de forma especial quando o médico na condição de prestador de serviços autônomo realiza um contrato, que poderá ser tácito ou escrito, com a sociedade hospitalar, tendo como objeto a locação do centro cirúrgico para atendimento de seus pacientes de forma particular, cabendo ao juiz investigar se existe alguma forma de subordinação entre o hospital e o médico para apurar a responsabilidade.

Não havendo nenhuma forma de subordinação entre o hospital e o médico, o citado autor leciona que, na ocorrência de evento danoso, o médico deverá responder pelos danos causados aos pacientes decorrentes de sua atuação, enquanto que o estabelecimento hospitalar responderá pela atuação de seus funcionários, ou ainda, pela falha de seus equipamentos. Contudo, se for possível mensurar a responsabilidade de cada um, tanto do hospital como do médico, a responsabilidade será solidária (KFOURI NETO, 2010).

Aguiar Júnior (1995) também manifesta-se neste sentido, ao referir que o hospital não responde pelos danos causados aos pacientes pelo médico, quando este utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes.

No mesmo sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, podendo ser citado,

como exemplo, o Recurso Especial nº 908359:

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

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

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

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

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

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

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

(REsp 908.359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008) (grifo nosso)

Importante ressaltar que, em relação aos danos causados aos pacientes pelos serviços de hotelaria que o hospital presta, seja no fornecimento de materiais, medicamentos, ou ainda, de cuidados hospitalares, para Kfoury Neto (2010), tão somente o hospital responderá.

Assim, quando o médico não possuir nenhum vínculo com o hospital, seja na condição de empregado, seja na de preposição, e utilizar as dependências do hospital para tratamento de pacientes na forma de locação, tão somente o médico responderá pelos danos. Contudo, se os danos decorrerem dos serviços de hospedagem ou da atuação dos funcionários do hospital, somente este responderá pelos danos causados aos pacientes.

A terceira forma de relação existente entre médico e hospital ocorre quando existir solidariedade entre as operadoras de planos de saúde e o médico.

Nessa forma de responsabilidade, Cavalieri Filho (2007) refere que, inicialmente,

precisa-se distinguir os planos de saúde que operam com livre escolha de médicos e hospitais, daqueles no qual o atendimento é realizado em hospitais próprios, credenciados ou por um sistema misto que compreende serviços próprios e credenciados.

Também, para o citado autor, quando o plano opera com livre escolha dos médicos e hospitais, não haverá responsabilização do plano de saúde, tão somente do médico e do hospital nas suas proporções de culpa. Contudo, se o plano de saúde contiver médicos e hospitais próprios ou credenciados, a responsabilidade será também da operadora do plano de saúde.

Para Kfoury Neto (2010), esta forma de responsabilidade vem disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, a qual é objetiva e concorrente, respondendo as operadoras, o médico e o hospital pelos danos aos pacientes, os quais respondem nos limites da sua culpa, uma vez que se rege pelo Código Civil Brasileiro.

Continua lecionando o citado autor que a solidariedade também ocorre na relação entre as operadoras de planos de saúde e os hospitais a elas credenciados, por ser o hospital parte legítima para figurar no polo passivo da ação de indenização, quando existir erro médico e este estiver vinculado apenas ao convênio.

Tal entendimento é, igualmente, seguido nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como no AgRg no REsp 1029043/SP³⁴, os quais reconhecem a legitimidade passiva da cooperativa médica em demanda que possui como discussão a responsabilidade civil por hipotético erro médico.

A quarta e última forma de relação entre médico e hospital diz respeito à responsabilidade civil do Sistema Único de Saúde – SUS, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e médicos conveniados.

Kfoury Neto (2010) afirma que a responsabilidade dos hospitais públicos, bem como aqueles ligados às autarquias que compreendem a estrutura de pessoas jurídicas de direito

³⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DE COOPERATIVA DE TRABALHOS MÉDICOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A jurisprudência da Casa é tranquila em reconhecer a legitimidade passiva da cooperativa médica em demanda que se discute responsabilidade civil por suposto erro médico, pois a cooperativa tem por objeto a assistência médica e celebra contrato com seus associados, regulamentando a prestação de seus serviços de maneira padronizada, por meio dos médicos e hospitais a ela filiados. 2. Improvido o regimental, com aplicação de multa de 1%. (AgRg no REsp 1029043/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 08/06/2009).

público interno é objetiva, sendo dispensada a comprovação de culpa do profissional médico, em razão da teoria do risco administrativo, com base nos art. 37, § 6º³⁵ da Constituição Federal de 1988, e do art. 43³⁶, do Código Civil Brasileiro.

Segundo Diniz (2014), o referido dispositivo constitucional reportou-se ao comportamento comissivo (fazer alguma coisa) do Estado, através de uma atuação positiva, que poderá causar, produzir, gerar um dano passível de ser indenizado. Quanto ao dispositivo do Código Civil, a referida autora, salienta que se trata de uma conduta omissiva do Estado, quando ele deixa de praticar um ato que estava ao seu alcance, causando danos passíveis de serem responsabilizados, cujo posicionamento também é seguido por Aguiar Dias (2006).

Cavaliere Filho (2010) leciona que a Constituição Federal de 1988 adotou como fundamento da responsabilidade da Administração Pública a teoria administrativa do risco, uma vez que condicionou a responsabilização do Poder Público à existência de danos que sejam decorrentes das suas atividades. Diante disso, para haver a responsabilidade do poder público, explica que deverá existir a relação de causalidade entre atuação do agente público e o dano causado ao cidadão.

Com a teoria do risco administrativo, Silva (2009, p. 174) afirma que a parte lesada “[...] não precisa demonstrar a culpa da Administração ou de seus agentes, pois tal teoria tem por fundamento o risco da atividade pública em relação aos particulares”.

Assim, a relação que deverá existir entre o ato do agente ou atividade administrativa é o dano, devendo estar presente para configurar a responsabilidade do Estado, no mínimo, que “o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 247).

O Estado responderá sempre que tiver contribuído de algum modo para que ocorresse o evento danoso, pois

³⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁶ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

“sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 247).

Salienta Aguiar Dias (2006) que o Estado responderá pela conduta de seus servidores, sem qualquer indagação a respeito da escolha ou do não exercício da vigilância adequada do agente.

Para que haja a obrigação de indenizar do ente público, “exige-se apenas a relação de causalidade entre a atividade administrativa desempenhada pelo Estado e consubstanciada na conduta – e o dano causado a terceiros” (KFOURI NETO, 2010, p. 122), referindo, ainda, que o ente público só não será responsabilizado se conseguir provar alguma das excludentes, sendo seu ônus realizar a prova.

Cavaliere Filho (2010) ressalta que a responsabilidade objetiva do Estado poderá ser excluída quando ocorrer uma das seguintes causas: força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima e de terceiro. Leciona, também, que somente o fortuito externo exclui a responsabilidade do Estado por ser imprevisível e estranho a sua atuação administrativa, já o fortuito interno não é causa excludente da responsabilidade do Estado, pois, em que pese, seja imprevisível, pertence a sua atividade, uma vez que está ligada aos riscos da sua atuação.

Os prestadores de serviços públicos também respondem de forma objetiva (KFOURI NETO, 2010), salientando que os hospitais que possuem convênios com o Sistema Único de Saúde – SUS, por prestarem serviços públicos, respondem independentemente da existência ou não de culpa, da mesma forma que o Estado.

A responsabilidade entre os hospitais conveniados e o Sistema Único de Saúde é solidária. No entanto, caso não restar configurada a responsabilidade do médico que prestou o serviço, responsabilidade subjetiva, deverá ser afastado também o dever de reparar do Estado (KFOURI NETO, 2010).

Aguiar Júnior (1995) também leciona que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, afirmando, ainda, ser possível o direito de regresso contra o responsável

nos casos de dolo ou culpa.

No mesmo sentido posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 327904³⁷, ao fixar entendimento “[...] que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros[...]” por ato ou omissão de seus agentes que agirem na qualidade de agentes públicos.

Quanto ao direcionamento das ações de reparação por danos a pacientes, em razão do princípio da descentralização político-administrativa³⁸, somente o Município possui legitimidade para figurar no polo passivo dessas demandas quando se tratar de hospitais privados conveniados ao SUS, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 717800, que teve como relatora a Ministra Denise Martins Arruda:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES. PROVIMENTO. 1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões arguidas pela parte, julgando integralmente a lide. 2. A questão controvertida consiste em saber se a União possui legitimidade passiva para responder à indenização decorrente de erro médico ocorrido em hospital da rede privada localizado no município de Campo Bom/RS, durante

³⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78)

³⁸ “A **descentralização política** ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um destes entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União, nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. [...] A **descentralização administrativa** ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais” (DI PIETRO, 2002, p. 349/350, grifo do autor).

atendimento custeado pelo SUS. 3. A Constituição Federal diz que a "saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196), competindo ao "Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (art. 197), ressalvando-se, contudo, que as "ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada", constituindo um sistema único, organizado, entre outras diretrizes, com base na descentralização administrativa, "com direção única em cada esfera de governo" (art. 198, I). 4. A Lei 8.080/90 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública. 5. Compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII). 6. Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). 7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF/88, obedecendo, entre outros, o princípio da descentralização político-administrativa, com "ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios" (Lei 8.080/90, art. 7º, IX, a). 8. "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007). 9. Recurso especial provido, para se reconhecer a ilegitimidade passiva da União. (REsp 717.800/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 30/06/2008).

No entanto, quando se tratar de hospital público pertencente à União, Estados ou Municípios, cada um desses entes estatais será responsável por eventos danosos ocorridos nas dependências dos estabelecimentos de saúde (KFOURI NETO, 2010).

Da análise das relações existentes entre o hospital e o profissional da área da medicina, observa-se que tanto o hospital como o médico serão responsabilizados quando os danos forem praticados pelo médico na condição de funcionário ou preposto do estabelecimento hospitalar e que tenha agido com culpa. Contudo, será isentado o hospital desta responsabilidade na hipótese de o profissional da área da medicina utilizar as dependências do hospital para tratamento de seus pacientes sem nenhuma espécie de vínculo com o hospital, desde que as causas passíveis de serem indenizadas tenham ocorrido exclusivamente por ato do profissional

da medicina.

Quando se tratar de danos a pacientes que possuem planos de saúde de livre escolha, responderão o hospital e o médico, na ocorrência de erro médico, enquanto que, nos planos em que a operadora possui hospital próprio ou credenciado, responderão solidariamente o médico, o hospital e a operadora do plano de saúde.

Contudo, observa-se que a responsabilidade civil do Sistema Único de Saúde – SUS, compreendido a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, hospitais e médicos conveniados, possui requisitos distintos das demais relações existentes entre o médico e o hospital, cuja forma de responsabilização independe da existência da culpa por serem prestadores de serviços públicos, com as suas devidas particularidades em cada uma das formas.

Cumprido salientar, também, que estas relações entre hospital e o profissional da área da medicina são exemplificativas, podendo existir outras de relações menores.

Feita a análise das principais hipóteses de responsabilidade civil da relação existente entre o profissional da área da medicina e o hospital, passam-se a abordar as causas de responsabilidade dos hospitais por danos a pacientes, as quais serão abordadas de forma exemplificativa.

4.3 Causas de responsabilidade médico-hospitalares por danos a pacientes

As atividades hospitalares compreendem tanto os deveres de assistência médica como os de hospedagem, cuja responsabilidade civil pelos danos causados a seus pacientes é verificada na medida e proporções em que respondem seus agentes, de forma isolada ou solidariamente (AGUIAR DIAS, 2006).

Por ser o hospital um prestador de serviço, refere Cavalieri Filho (2007) que a sua responsabilidade tem por fundamento o defeito na prestação do serviço, que encontra amparo legal no § 1º, do art. 14, do CDC, o qual responderá pelo serviço defeituoso independentemente de ter agido com culpa.

Diante dos serviços prestados pelos hospitais, que compreendem os de assistência médica e hospedagem, muitos são os fatores que podem levar o hospital a ser responsabilizado pelos danos que causar a seus pacientes, os quais serão analisados de forma exemplificativa.

Inicialmente, abordam-se a responsabilidade do hospital na ocorrência de homicídio de paciente no interior do seu estabelecimento e as causas que excluem esta responsabilidade na medida em que o homicídio for cometido por terceiros estranhos ao nosocômio.

Nesse aspecto, Kfouri Neto (2010) refere que é objetiva a responsabilidade civil dos hospitais, consoante o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, quando comprovado que ocorrência do homicídio se deu por eventual falha do serviço, principalmente da vigilância, que possa ser considerada causa da lesão.

No entanto, não significa afirmar que sempre o estabelecimento hospitalar deverá reparar os danos, uma vez que existem causas que excluem a sua responsabilidade, ou seja, defeito inexistente na prestação de serviços, a culpa exclusiva da vítima e o ato de terceiros aos quais possuem previsão no art. 14, § 3º, I e II, do CDC³⁹.

Trata-se de causas que excluem a responsabilidade do hospital, conforme Kfouri Neto (2010), por entender que o hospital não pode ser responsabilizado pelo homicídio ocorrido dentro do hospital, por terceiros, se a própria vítima tenha dado causa em razão da existência de desafetos com os causadores do dano, no qual fica demonstrado que vínculo de causa e efeito da lesão tem origem na atuação de terceiros e não do hospital.

A exclusão da responsabilidade do hospital, nessa hipótese, já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na apelação cível nº 598.391.480⁴⁰, relator Desembargador Sergio Pilla, que afastou a responsabilidade do hospital pelo homicídio ocorrido dentro do estabelecimento hospitalar por estar relacionado exclusivamente a fato de terceiro.

Outro fator que pode configurar o dever de indenizar do hospital refere-se à hipótese de recusa ou retardamento do estabelecimento hospitalar no atendimento a pacientes, no qual

³⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 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.

⁴⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAL PELA MORTE DE PACIENTE INTERNADO QUANDO FOI VITIMA DE ATAQUE COM ARMA DE FOGO POR ESTRANHOS. SENTENÇA QUE DESACOLHEU A DEMANDA REPARATORIA NO ENTENDIMENTO QUE SE TRATOU DE SITUACAO EXCEPCIONAL, FORA DE QUALQUER PREVISAO. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 598391480, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Pilla da Silva, Julgado em 25/02/1999).

questiona-se se haverá responsabilização do hospital em danos morais quando este não possuir vaga para o atendimento ou, em razão deste fato, retardar o atendimento causando danos aos pacientes.

A recusa pelo estabelecimento hospitalar em atender o paciente pode-se dar pela simples recusa ou através do encaminhamento deste a outro hospital (hospital de referência). Segundo Aguiar Júnior (1995), é fator determinante para haver a responsabilização do hospital, no caso da simples recusa, a não prestação de socorro por defeito na sua organização, a falta de plantão ou de serviços necessários para atendimento de emergência. Porém, ressalta que a remessa motivada do paciente a outro hospital de referência não constitui circunstância para atribuir responsabilidade.

Aguiar Júnior (1995) faz referência ao caso de condenação do hospital por falta de plantão, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por efetuar diagnóstico inadequado, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e por demorar no atendimento cirúrgico de extrema necessidade, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 0198210-72.2012.8.19.0001⁴¹, houve a responsabilidade solidária do hospital na reparação dos

⁴¹ APELAÇÕES CÍVEIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. PACIENTE EM TRABALHO DE PARTO. NEGATIVA DE COBERTURA POR PARTE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. 1. Cinge-se a controvérsia na responsabilidade solidária da clínica médica diante da ausência de atendimento médico a paciente a trabalho de parto, além da ocorrência de danos morais. 2. A hipótese versa sobre relação de consumo, pois a autora enquadra-se no conceito de consumidor descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e a ré no de fornecedor, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal. Além disso, aquela é a destinatária final dos serviços prestados pela demandada. Incidência do verbete 469 da Súmula do STJ. 3. O Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor (art. 6º, inciso III) a informação prévia, objetiva, precisa e adequada sobre o serviço e/ou produto contratado, e que tal dever - imposto ao fornecedor - tem como escopo o princípio da informação estatuído no art. 4º, inciso IV, do mesmo diploma legal. 4. Segundo o caput do art. 14 do CODECON, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Sendo certo, ainda, que o prestador de serviço responde solidariamente pelos atos dos seus prepostos ou representantes autônomos, ex vi do artigo 34 do CDC. 5. Na espécie, o médico assistente da demandante solicitou a internação para realização de cirurgia cesariana e especificou que se tratava de paciente com 39/40 semanas de gestação, com diagnóstico de trabalho de parto, denotando, assim, a urgência no procedimento. 6. Embora a operadora do plano de saúde tenha negado a cobertura, alegando o não cumprimento do período de carência, o hospital tinha o dever de prestar o serviço e colocar à disposição da paciente uma equipe médica especializada para realização do parto, ante a emergência apontada, o que não restou atendido. 7. A clínica ré responde de forma solidária pelos danos causados à consumidora, em razão do risco inerente a atividade empresarial desenvolvida. 8. Configurada a negativa da prestação do serviço médico de urgência, impõe-se ao fornecedor o dever de reparação pelos danos causados, na forma dos arts. 6º VI e 14 caput, ambos do CPDC. 9. A indenização extrapatrimonial postulada inicial merece guarida, uma vez que a negativa de atendimento médico na hipótese dos autos agrava a situação de aflição e de angústia da paciente, diante da incerteza da realização do parto, do sucesso da cirurgia e da saúde do bebê. 10. O quantum debeatur arbitrado em R\$ 4.000,00 atende ao critério da proporcionalidade e circunstâncias do caso concreto, além de estar de acordo com a jurisprudência desta Corte. Precedentes do TJRJ. 11. Apelos que não

danos morais decorrentes da negativa de prestação de serviço médico de urgência.

Contudo, o hospital não será responsabilizado em danos morais quando o retardamento no atendimento ocorrer devido a sua lotação, por não estar obrigado ao impossível (KFOURI NETO, 2010).

Ressalta, também, o autor citado que o hospital poderá ser responsável pelo retardamento do atendimento pelo médico que estiver de sobreaviso ou em plantão à distância, desde que este atraso causar danos aos pacientes, estando caracterizada a negligência no atendimento, fator determinante para responsabilidade civil do hospital.

A terceirização dos serviços hospitalares também pode configurar a responsabilidade civil do hospital na ocorrência de danos aos pacientes, pois esta prática tornou-se frequente, segundo Kfoury Neto (2010), compreendendo serviços de unidade de terapia intensiva, cardiológico e *'home care'* dentre outros.

Apesar da terceirização de alguns serviços pelos hospitais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou entendimento no sentido de ser solidária a responsabilidade do hospital decorrente da má prestação dos serviços pela empresa terceirizada, em decisão proferida na Apelação Cível nº 70056952690⁴².

A responsabilidade do hospital pode advir, também, da recusa à transfusão de sangue, cuja matéria é abordada pelo Conselho Federal de Medicina, sendo que o médico que deparar-se com esta situação deverá obedecer ao disposto no Código de Ética Médica, em seu art. 19, por estabelecer que "o médico, salvo o caso de iminente perigo de vida, não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, em se

seguem. (Apelação Cível nº 0198210-72.2012.8.19.0001. Relator Jose Carlos Paes, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

⁴² RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. HOSPITAL. SERVIÇO NEONATAL TERCEIRIZADO. ERRO NA DOSAGEM DE MEDICAMENTO PRESCRITO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ERRO MÉDICO RECONHECIDO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. 1. Hospitais e clínicas de saúde respondem, de forma objetiva, quanto à falha no atendimento que se referem à estada do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 2. Caso em que a parte autora foi intoxicada pela prescrição de medicamentos com dosagem incorreta. Serviço neonatal terceirizado. Médica vinculada à empresa contratada pelo hospital. Dever de indenizar configurado. Desintoxicação posterior sem complicações decorrentes. Mantido o quantum indenizatório fixado na sentença. NEGARAM PROVIMENTO ÀS RECURSOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056952690, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/08/2014

tratando de menor incapaz, de seu representante legal”.

Nesse caso, Gonçalves (2013) leciona que tanto o hospital como o médico devem levar em consideração a obrigação que possuem de preservar a vida.

Kfouri Neto (2010) refere que poderá o médico recorrer ao Judiciário em caso de recusa à transfusão de sangue, no entanto poderá fazê-lo somente quando o socorro não for urgente e impostergável, pois, quando assim o for, o profissional deverá intervir para evitar a morte do paciente ou ainda da pessoa incapacitada de expressar seu consentimento, de modo a evitar que ocorra dano à pessoa.

Salienta, ainda, que a vida não é direito disponível no Direito Brasileiro, sendo opção do sistema jurídico brasileiro a vida em prejuízo de dogma religioso, não podendo este chegar ao ponto de causar a morte em razão da proibição de um tratamento.

Tal entendimento é compartilhado pelas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, podendo ser citada a Apelação Cível nº 70020868162⁴³, a qual aborda que cabe ao profissional da medicina aplicar o seu conhecimento para que o paciente seja salvo em conformidade com o determinado no Código de Ética Médica.

Refere Matielo (2001) que, tanto a intervenção cirúrgica ou de natureza diversa, quanto à transferência do paciente de um estabelecimento hospitalar para outro, devem ocorrer ainda que não seja possível a obtenção do consentimento, dada à gravidade do quadro clínico apresentado pelo paciente. Ainda, o citado autor menciona que caso o profissional se abstenha de realizar o atendimento sem uma justificativa aceitável poderá ser atribuído a ele o delito de omissão de socorro.

A dispensa do consentimento em caso de urgência não é considerado crime de constrangimento ilegal pois

[...] não considera crime de constrangimento ilegal o art. 146, § 3º, do CP, a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de ser

⁴³ APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007)

representante legal se justificada por iminente perigo de vida (CHAVES apud KFOURI NETO, 2010, p. 166).

Trata-se da relação médico-paciente, quando a vida do último está em perigo, em que está o profissional obrigado a salvá-lo, independentemente da liberdade de escolha do paciente, haja vista que, se assim não o fizer, poderá ser condenado por homicídio culposo e reparação civil (KFOURI NETO, 2010).

No entanto, refere Matielo (2001) que, ocorrendo à negativa injustificada de consentimento dos responsáveis pelo paciente e não podendo este manifestar a sua vontade, caberá ao médico requerer ao Poder Judiciário a autorização para que realize os procedimentos de acordo com o quadro clínico, sem prejuízo ao tratamento. Ainda, cita o autor que existem casos em que o próprio paciente nega submeter-se a certos tratamentos em razão de motivação religiosa; no entanto, quando se tratar de menores de idade ou incapazes, tanto o profissional como o estabelecimento hospitalar devem comunicar o Poder Judiciário ou ao Ministério Público, procurando através destes a autorização para realizar o tratamento adequado.

Refere também o último doutrinador que, caso não seja possível a tomada da providência elencada acima, em razão do tempo ou havendo perigo de vida do paciente, competirá ao profissional aplicar a terapia rejeitada pelo paciente, uma vez que sua atuação estará amparada pela legislação, além de estar zelando pela integridade física do paciente. Porém, refere Matielo (2001) que, quando o paciente se recusar a receber o tratamento adequado e estando este com plena capacidade e em perfeito estado mental, o profissional deverá respeitar sua vontade mesmo que este corra risco de vida.

Salienta, ainda, Kfourri Neto (2010) que, ao médico e ao estabelecimento hospitalar, cabe assumir os riscos da atividade que exercem, no mais não há com o que hospital e médico temerem, desde que estes atuem dentro das normas técnicas, que são alicerçadas no conhecimento científico. Assim, bastará ao médico e ao estabelecimento hospitalar comprovarem que atuaram dentro das regras técnicas e científicas.

Outro fator que pode levar a responsabilização do hospital refere-se ao erro de diagnóstico que, segundo Aguiar Dias (2006), a responsabilização só ocorre em caso de erro grosseiro, citando como exemplo a aplicação do tratamento ao paciente de uma doença que não possuía, sem realizar os procedimentos ao seu alcance para averiguar a real moléstia de que padecia o paciente.

No mesmo sentido, posiciona-se Kfoury Neto (2010) ao lecionar que, havendo erro de diagnóstico, primeiramente deve ser analisado se o médico, após diagnosticada a doença, ministrou todos os tratamentos indicados pela ciência e se foram aplicadas as medicações necessárias.

Havendo o erro de diagnóstico, o dever de indenizar está condicionado à demonstração da culpa do médico (MATIELO, 2001).

Idêntico posicionamento possui Kfoury Neto (2010), pois refere não ser o erro de diagnóstico que compete ao Juiz analisar, no entanto, se o médico teve culpa no modo pelo qual o procedeu ao diagnóstico, se utilizou-se de todos os meios que estavam ao seu alcance para investigação dos problemas do paciente.

O diagnóstico não é realizado em um processo único, uma vez que ele não é só conhecimento, mas um processo de elaboração, experiência, análises e conclusões:

[...] O diagnóstico deve ser resultado de um juízo elaborado logo após a obtenção de informações sobre os sintomas, sinais e indícios necessários para o caso em estudo. Além do mais, as informações continuam a fluir de modo contínuo durante o lapso temporal em que a enfermidade não se agrava. O tempo é breve – tanto menor quanto maior o risco à saúde ou à vida do paciente – e, durante esse interregno, a atitude do médico não deve ser passiva. Ao profissional incumbe acompanhar atentamente a evolução do tratamento. A culpa começa quando terminam as discussões científicas. (ACHÁVAL apud KFOURI NETO, 2010, p.182).

Por isso, o médico deverá observar os cuidados exigíveis na conduta diagnosticada, uma vez que, caso tais cuidados não forem observados, o profissional responderá civilmente, eis que a culpa médica surge quando ficar evidenciada a conduta negligente e a ausência de acompanhamento com a evolução sintomática do paciente (KFOURI NETO, 2010).

O erro de diagnóstico por si só, sem causar consequências que possam causar danos aos pacientes, não é passível de responsabilização⁴⁴. Contudo, se o erro de diagnóstico causou danos

⁴⁴ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. Não demonstrado erro de diagnóstico inescusável por parte dos prepostos do réu, ao entender que o paciente estava com pielonefrite, ao invés da apendicite que lhe acometia, a qual foi posteriormente identificada em estágio avançado e devidamente tratada mediante intervenção cirúrgica, mostra-se inviável o reconhecimento do dever de indenizar. Prova pericial que demonstra ter sido o diagnóstico inicialmente efetuado compatível com o quadro de saúde apresentado pela requerente, a qual tinha sintomas inespecíficos, tendo o perito concluído pela ausência de conduta médica inadequada. Sentença de improcedência mantida.

ao paciente, tanto o médico como o hospital serão responsáveis pelos danos causados⁴⁵.

Da mesma forma que erro de diagnóstico pode causar a responsabilidade do hospital, os danos provocados pela atuação dos obstetras que agregam o corpo clínico do estabelecimento hospitalar também podem ser objeto de demandas indenizatórias em que figura no polo passivo os próprios estabelecimentos hospitalares (KFOURI NETO, 2010).

O citado autor refere que a obrigação do obstetra é de meio, uma vez que o profissional não poderá garantir ao paciente o resultado, mas sim que empenhará os conhecimentos científicos e todo seu esforço para que o resultado seja melhor possível. Contudo, aborda que podem ocorrer situações em que o médico atue com negligência, não tomando os cuidados que seriam imprescindíveis, não empregando a melhor técnica ou empregando-a da forma errada, causando danos tanto à parturiente ou ao concepto, configurando o dever de indenizar.

São muitas as possibilidades de danos que podem surgir em razão da prática obstétrica:

[...] erros de diagnóstico de gravidez; não previsão ou avaliação de fatores de risco; fazer uso de práticas diagnósticas ou tratamento suscetíveis de causar dano ao feto, sem a necessária justificativa, diante de alternativas menos arriscadas; controle de desenvolvimento intrauterino insuficiente ou tardio; aborto como consequência de manobras exploratórias inadequadas; retardar a internação da paciente em caso de parto iminente ou situação de risco; descuidar da paciente em qualquer das fases do

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70063229215, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/03/2015).

⁴⁵ APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS DEVIDOS. AJG. PESSOA JURÍDICA. 1. O hospital demandado é parte legítima para responder ao indenizatório, pois os atendimentos médicos que fundamentam o pedido indenizatório foram realizados no âmbito das suas instalações. Aplicação da teoria da asserção. 2. O hospital, na qualidade de prestador de serviços, responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Contudo, a responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, cabendo ao autor comprovar os requisitos da responsabilidade civil, que são o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado. 3. Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo do médico, que deixou de realizar exames complementares, a fim de identificar a grave infecção pulmonar e existência do vírus H1N1, sobrevivendo a necessidade de internação por longo período, haja vista o diagnóstico tardio e agravamento do quadro clínico. Além disso, restou constatada que a pessoa responsável pelos primeiros atendimentos prestados sequer era médico habilitado, restando condenado pelo crime previsto no art. 282 do CP. 4. Dano material devido, conforme despesas comprovadamente suportadas pela parte autora. 5. Dano moral caracterizado. Agir ilícito da ré que ultrapassa o mero dissabor. Quantum indenizatório fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. 6. Dano estético reconhecido. Existência de deformidade física e abalo moral da parte autora, que se sente diminuída na integridade corporal e na estética de sua imagem externa. 7. É cabível o deferimento do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica, desde que cabalmente comprovada a impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Súmula nº 481 do STJ. Situação em que a parte demandada não demonstra a real necessidade de litigar sob o pálio da AJG. Pedido indeferido. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063881775, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/04/2015).

parto, deixando-a em mãos de auxiliares não médicos ou não exercer o controle do pessoal auxiliar; não utilizar meios adequados para resolver complicações previsíveis (antecipação do parto, mau posicionamento do feto, hemorragias, dificuldades anatômicas do canal do parto etc.); valer-se de técnicas ou instrumental não indicados e potencialmente perigosos (ventosa, fórceps entre outros); descuidar do controle fetal durante o parto, mediante monitoramento ou métodos menos confiáveis, embora usualmente utilizados – como o estetoscópio, palpções etc; aplicar manobras para as quais não tenha suficiente preparo técnico ou tardias, durante a fase de expulsão do feto; deixar restos placentários na cavidade uterina; esquecer gazes ou compressas no pós-parto; não dar a devida atenção ao recém-nascido no pós-parto imediato ou deixar de solicitar o auxílio de especialistas em caso de complicações; falta de adequada assepsia durante o parto, advindo daí infecção na mãe ou no recém-nascido; fazer uso indevido da anestesia ou não avaliar corretamente circunstâncias relacionadas à mãe ou ao feto, que a contraindicaram. (GARAY apud KFOURI NETO, 2010, p. 201).

Na ocorrência desses danos, o médico chefe responde por todo e qualquer ato dos profissionais que estiverem subordinados a ele, bem como responde solidariamente o hospital com a comprovação da culpa dos médicos (KFOURI NETO, 2010).

No entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁶, se o profissional tenha atuado com zelo e cautela, não tem o condão de responsabilizá-lo por eventuais danos que possam ocorrer.

Outro fator que pode gerar o dever de indenizar do hospital refere-se à infecção hospitalar, a qual se tornou um fenômeno que vem crescendo e assumindo importância em razão da frequência com que ocorre, bem como em razão de sua nocividade (STOCO, 2004), possuindo amparo na Lei nº 9.431, de 06 de janeiro de 1997, a qual dispõe sobre a manutenção de Programa de Controle as Infecções Hospitalares, sendo esta regulamentada pela Portaria nº 2.616/MS/GM, de 12 de maio de 1998.

⁴⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ERRO MÉDICO. OBSTETRÍCIA. FALHA DE DIAGNÓSTICO. ÓBITO DO NASCITURO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. Na hipótese dos autos, trata-se de responsabilidade pessoal, uma vez que a demandante moveu a ação contra o médico responsável pela realização do acompanhamento pré-natal. A obrigação assumida pelo médico é de meio, devendo este utilizar-se de toda a técnica disponível para o tratamento da paciente; no entanto, não pode garantir a cura do enfermo, o que depende de diversos fatores. Sua responsabilidade depende de comprovação de culpa, a teor do disposto no art. 14, § 4º, do CDC. A prova pericial concluiu que o acompanhamento obstétrico foi correto, não havendo nexo de causalidade entre a conduta médica e o desfecho desfavorável. Documentos e prova testemunhal que acompanham o laudo do expert. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058718222, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/05/2014)

Para Kfouri Neto (2010), a infecção hospitalar continua sendo uma das causas que mais causa morte de pacientes, tendo aumentado o número de pessoas que buscam através da responsabilidade civil a reparação dos danos.

A infecção hospitalar se caracteriza “[...] quando o indivíduo contrai determinada moléstia durante o período em que se encontra internado, devendo-se tal distúrbio orgânico a agentes patológicos localizados nas dependências do próprio estabelecimento” (MATIELO, 2001, p. 159). Refere, ainda, o autor que a infecção hospitalar tem origem na falta de higiene daqueles que mantêm contato físico com o paciente (médicos, enfermeiros etc.) por não tomarem medidas assépticas no decorrer da cirurgia, bem como pela falta de assepsia e medidas higiênicas do material e das dependências do hospital.

A presença de germes no ambiente hospitalar é suficiente, segundo Stoco (2004), para a caracterização da culpa deste estabelecimento em razão da falta de cuidados, fator que gera o dever de indenizar, a não ser que prove a existência de causas que excluam a sua responsabilidade.

Kfouri Neto (2010) elenca os requisitos que devem estar presentes para a responsabilização do hospital decorrentes de infecções contraídas em seu interior pelos pacientes: que o paciente antes de ingressar no estabelecimento hospitalar não possuía nenhum agente infeccioso ou baixa imunidade; que a infecção não seja classificada como endógena, gerada pelo próprio organismo; que a infecção tenha surgido quando o paciente já estava sob o controle exclusivo do estabelecimento hospitalar e dos médicos; e ainda, que a infecção tenha sido causada pelo agente infeccioso típico de hospitais.

Da mesma forma, a portaria nº 2616, de 12 de maio de 1998, em seu anexo II, item 1.2.1, do Ministério da Saúde define a infecção hospitalar como “aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares”.

Comprovado que a infecção hospitalar tenha ocorrido por qualquer dos requisitos apontados, salienta o autor citado, que o hospital responderá objetivamente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pelo simples fato da infecção ter ocorrido enquanto o paciente estava internado, uma vez que a sua ocorrência demonstraria que os cuidados necessários não foram tomados pelo estabelecimento.

A responsabilidade objetiva do hospital nesta hipótese é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷, bem como pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁸ em suas decisões.

Na hipótese de infecção hospitalar, Stoco (2004) refere que poderá haver a responsabilização solidária entre o médico preposto ou autônomo e o estabelecimento hospitalar; no entanto, deverá restar demonstrado que o profissional sabia que as condições deste estabelecimento eram impróprias, bem como que eram frequentes os casos de infecção hospitalar no ambiente.

No entanto, para afastar a responsabilidade do hospital em razão da inevitabilidade da infecção, deverá o hospital realizar a prova de que adotou todas as medidas cabíveis para evitar a contaminação.

⁴⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo.

Recurso especial não conhecido. (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285)

⁴⁸ APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que a prova dos autos comprovou ter o familiar dos autores contraído infecção decorrente de quatro tipos de bactérias nas dependências do nosocômio réu, sendo três tipicamente de origem hospitalar, tendo o quadro evoluído para a morte do paciente. Alegação de que a infecção se deu por agente presente no organismo do paciente que não encontra ressonância fática e probatória. Sentença de procedência mantida. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a dor e o sofrimento suportados pela parte autora em razão da morte de seu ente familiar por infecção hospitalar, resta caracterizado o *danum in re ipsa*, que prescinde de prova quanto à ocorrência de prejuízo concreto. Precedentes desta Corte. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum arbitrado na origem deve ser majorado para R\$ 144.800,00 a ser rateado entre os autores, acrescidos de correção monetária conforme determinado no ato sentencial. PENSIONAMENTO MENSAL. CABIMENTO. Pensão mensal devida à viúva e aos filhos da vítima, no valor de 2/3 do salário que percebia, descontado 1/3 referente ao montante que o de cujus utilizava em proveito próprio, até a data em que este completaria 75 anos, com a ressalva de que, com relação aos filhos, cessará antes, quando estes completarem 25 anos. Sentença parcialmente reformada, ao efeito de incluir esta como beneficiária do pensionamento mensal. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062414784, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 02/04/2015).

As formas de responsabilidade do estabelecimento hospitalar por danos a pacientes, ora analisadas, são apenas algumas das muitas hipóteses que podem levar o hospital a ser condenado quando causar danos aos pacientes.

Verificou-se, pelos entendimentos doutrinários citados, que tais hipóteses de responsabilidade civil dos hospitais são comuns e acontecem seguidamente, as quais são enfrentadas pelos Tribunais nas mais diversas formas, gerando o dever de indenizar dos hospitais quando prestarem inadequadamente os serviços a que se destinam.

De tudo quanto exposto, observou-se que a responsabilidade civil dos hospitais está atrelada a sua condição de prestadora de serviços médicos e hospitalares, havendo vinculação na reparação dos danos com os médicos que atuam na condição de prepostos, funcionários ou sócio-cotistas, bem como nas mais variadas formas de convênios, terceirizações e atividades hospitalares. Ademais, verificou-se a responsabilidade solidária do hospital, independente da culpa, nos casos de prestação de serviços públicos credenciados ao Sistema Único de Saúde – SUS, assim como verificaram-se as hipóteses mais comuns de responsabilidade dos hospitais, que são enfrentadas pelos Tribunais que, em sua maioria, reconhecem o dever de indenizar dos hospitais pela má prestação dos serviços a que se destinam.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é um tema importantíssimo e em constante desenvolvimento no direito brasileiro, uma vez que através dela procura-se reparar o dano causado pelo agente à vítima, além de analisar em quais condições o agente pode ser considerado responsável pelo dano causado à vítima e em que medida este será obrigado a repará-lo.

Na responsabilidade civil, a reparação dos danos causados à vítima é realizada através de indenização, sendo esta quase sempre pecuniária. É ainda importante frisar que os danos causados à vítima podem ocorrer em relação à integridade física, à honra ou aos seus bens.

Como se pode observar no presente trabalho, no primeiro capítulo, partiu-se da análise da responsabilidade civil e sua evolução no direito brasileiro, sendo verificado que nosso ordenamento jurídico acolheu a teoria do risco em determinados casos, em que o simples exercício da atividade perigosa impõe ao agente a obrigação de indenizar os danos que eventualmente forem causados, sem que, no entanto, tenha de comprovar a culpa do agente causador do dano, a teor do disposto no parágrafo único, do art. 927, do atual Código Civil. Cabe ressaltar que, embora se tenha acolhido a teoria do risco em certos casos, a culpa continua sendo fundamento da responsabilidade civil, sendo que, portanto, em regra, predomina a responsabilidade subjetiva.

Analisaram-se, ainda, as espécies de responsabilidade civil que se caracterizam quanto: a) a violação de norma jurídica, que se divide em responsabilidade penal e civil; b) ao fundamento, que se divide em objetiva e subjetiva; c) ao fato gerador, que se divide em relação contratual ou extracontratual. Elencaram-se, também, os pressupostos necessários de configuração do dever de reparar pelo agente e as causas que excluem essa responsabilidade.

Em seguida, abordou-se a responsabilidade civil médica, fazendo referência histórica, passando pela análise da sua natureza jurídica, a qual é definida como contratual ou extracontratual e qualificada como obrigação de meio, e não de resultado, uma vez que o profissional compromete-se a tratar com cuidado seus pacientes, utilizando-se dos meios

adequados, sem a obrigação de curá-los, sendo que a responsabilização civil destes profissionais dar-se-á quando ficar comprovada qualquer das modalidades de culpa: imperícia, negligência e imprudência.

A responsabilidade do profissional da medicina é subjetiva, ou seja, para que ocorra sua responsabilização, é necessário que, na sua atuação, este tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência, devendo ainda ser provada a culpa do profissional pela vítima ou por sucessores. Para a configuração da responsabilidade médica, faz-se necessária a presença de quatro requisitos: ação ou omissão do agente, relação de causalidade, dano e culpa ou dolo do agente e a não constatação das causas excludentes de responsabilidade que impossibilitam a existência da relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano, quais sejam: o fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro.

Importante salientar também que a inobservância pelos profissionais da medicina dos seus deveres médicos (dar esclarecimento, informações e conselhos ao seu paciente, cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, e abster-se do abuso ou do desvio do poder) poderá configurar o dever de indenizar.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado na análise da responsabilidade civil dos hospitais por danos a pacientes, o capítulo final partiu da análise da natureza jurídica da responsabilidade hospitalar e da medicina coletiva; bem como as relações entre médico e o estabelecimento hospitalar, as quais podem acontecer sob quatro formas: quando o médico está vinculado à sociedade hospitalar por qualquer forma de preposição; quando o profissional da área da medicina apenas utiliza as dependências hospitalares, mas sem nenhuma espécie de vínculo com o estabelecimento; solidariedade entre as operadoras de planos de saúde e médico; e a responsabilidade civil do Sistema único de Saúde – SUS, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, hospitais e médicos conveniados. Ainda neste capítulo, foi analisado um rol exemplificativo de causas que podem gerar a responsabilização do estabelecimento hospitalar.

Diante da problemática proposta para a realização deste estudo – Como ocorre a responsabilização dos hospitais quando provocar danos aos seus pacientes? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, uma vez que a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares será objetiva, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos seus pacientes por ação ou omissão de seus empregados, serviçais e prepostos, bem como podem ser responsabilizados solidariamente

pelos danos causados aos seus pacientes por ato de terceiro (médico), quando é exigida culpa, assim como será responsabilizado objetivamente e de forma solidária quando prestar serviço público defeituoso.

Além disso, os hospitais foram enquadrados pelo Código de Defesa do Consumidor como prestadores de serviços, os quais possuem o dever de prestar os serviços com eficiência, sendo responsabilizado quando prestar os serviços defeituosos e que tenha provocado danos aos pacientes.

Assim, a responsabilidade civil dos hospitais está atrelada a sua condição de prestadora de serviços médicos e hospitalares, havendo vinculação na reparação dos danos com os médicos que atuam na condição de prepostos, funcionários ou sócio-cotistas, bem como nas mais variadas formas de convênios, terceirizações e atividades hospitalares. Ademais, verificou-se a responsabilidade solidária do hospital, independente da culpa, nos casos de prestação de serviços públicos credenciados ao Sistema Único de Saúde – SUS, assim como verificaram-se as hipóteses mais comuns de responsabilidade dos hospitais, que são enfrentadas pelos Tribunais que, em sua maioria, reconhecem o dever de indenizar dos hospitais pela má prestação dos serviços a que se destinam.

Portanto, os hospitais são responsáveis civilmente pelos danos causados aos pacientes, seja de forma solidária, seja pelos atos de seus subordinados, independentemente dos danos serem materiais, estéticos ou morais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais. v. 718, p. [33 – 53], 1995. Disponível em: www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online. Acesso em: 10 maio 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Espécies de responsabilidade civil**. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de. (coord.). Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62-73.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 09 nov. 2014.

_____. Portaria nº 2616, de 12 de maio de 1998. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt2616_12_05_1998.html>. Acesso em: 01 jul. 2015.

_____. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 341. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Indenizatória. Recurso especial nº 258.389. Recorrente: Hospital Maternidade Jundai S/A. Recorrida: Clóvis Reis de Bastos e Cônjuge. Relator: Fernando Gonçalves. São Paulo, 22 ago.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Indenizatória. Agravo regimental no recurso especial nº 1029043. Agravante: UNIMED Taubaté Cooperativa de Trabalho Médico.

Agravado: Neyla Manes Romanini de Abreu. Relator: Luis Felipe Salomão. São Paulo, 08 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 02 maio 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327904. Recorrente: Associação de Caridade de Santa Casa de Misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Carlos Britto. São Paulo, 08 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 717.800. Recorrente: União. Recorrido: Leila Conceição da Silva e Outro. Relatora: Denise Arruda. Rio Grande do Sul, 30 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 03 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 629.212. Recorrente: Medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda. Recorrido: Valesca da Costa Medeiros. Relator: Cesar Asfor Rocha. Rio de Janeiro, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 908359. Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Recorrido: Maria de Lourdes Amândio Machado. Relator: Nancy Andrighi. Santa Catarina, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 29 maio 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução n. 1931, de 24 de setembro de 2009. Código de ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 29 maio 2015.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.7.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GABURRI, Fernando; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade pré e pós-contratual**. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de. (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216-227.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Elias Silveiras. **Não autorização para transfusão de sangue por convicção religiosa**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, [2013]. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serie_aperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_37.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

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

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Responsabilidade civil**. 1ª. ed. São Paulo: Rideel, 2011. E-book. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788533919051/pages/-6>>. Acesso em: 11 maio 2015.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil do médico**: 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. Manual de metodologia da pesquisa no Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINODA, Hélio Renato Marini. **Responsabilidade civil médico-hospitalar**. 2006. 98 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006. Disponível em:
<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/helio-renato-marini-minodar-esposabilidade-civil-medico-hospitalar.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. **Metodologia de pesquisa**. 5. ed. Porto Alegre: Penso: McGraw-Hill, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0198210-72.2012.8.19.0001. Recorrente: Clínica Cirúrgica Santa Bárbara Ltda e outro. Recorrido: Amico Saúde Ltda. Relator: Jose Carlos Paes. Rio de Janeiro, Capital, 18 jun. 2013. Disponível em:
<<http://portaltj.tjrj.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70029719267, da 9ª Câmara Cível. Apelante: Adriana Drum da Silva e Ivalino Marques Drum. Apelado: Circulo Operário Caxiense. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Caxias do Sul, 16 dez. 2009. Disponível em:
<<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 598391480. Apelante: Sociedade Hospital de Caridade Santa Rosa. Apelado: Celanira Pinto Ribeiro. Relator: Sérgio Pilla da Silva. Santa Rosa, 25 fev. 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70056952690. Apelante/Recorrido Adesivo: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo. Apelante/ Recorrido Adesivo: Serviços Médicos Neonatais LTDA. Apelante/Recorrido Adesivo: Thais Moreira. Recorrente Adesivo/Apelado: Sucessão de Leonardo Silva Dos Santos. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Santa Maria, 08 set. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162. Apelante: Hospital Cristo Redentor S.A. Apelada: Deise Esteves Macedo. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 29 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70063229215. Apelante: Márcia Regina Arias Da Costa. Apelado: Fundação Hospital Centenário. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. São Leopoldo, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70063881775. Apelante/Apelado: Associação Franciscana de Assistência à Saúde – Hospital Estrela. Apelante/Apelado: Belkis Carolina Calsa. Relatora: Isabel Dias Almeida. Estrela, 06 maio 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70058718222. Apelante: Inez Aguirre Barreto. Apelado: Edmundo Vinicius Gimenez. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Uruguaiana, 09 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70062414784. Apelante/Apelado: Fundação Universitária de Cardiologia. Apelante/Apelado: Ienete Bernadete Schuh Beck e Outros. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 17 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70062367479. Apelante: Delmar Antonio Soares. Apelado: Andre Luiz Wellausen Schmidt. Relator: Luiz Menegat. Horizontina, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70059544890. Apelante: Elisandra Beatriz Marques. Apelado: IOG Instituto De Ortopedia Gravataí Ltda. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Cachoeirinha, 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01 maio 2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Teoria geral da responsabilidade civil**. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de. (coord.). Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

p. 27-61.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética** (comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 4. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASSILIEFF, Sílvia. **Responsabilidade civil dos empresários da saúde: hospitais clínicas, planos ou seguros de saúde, laboratórios de análises clínicas e farmacêuticos**. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de. (coord.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 276-278.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v.4.