



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA – UNEB
BACHARELADO EM DIREITO**

MARIA CLARA VIEIRA MOREIRA ARAÚJO

**QUAL A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR DIANTE DO
ERRO MÉDICO COMETIDO EM SEU ESTABELECIMENTO?**

Jacobina

2018

MARIA CLARA VIEIRA MOREIRA ARAÚJO

**QUAL A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR DIANTE DO
ERRO MÉDICO COMETIDO EM SEU ESTABELECIMENTO?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Universidade do Estado da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Emanuel Lins Freire Vasconcellos

Jacobina
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CLARA VIEIRA MOREIRA ARAÚJO

QUAL A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR DIANTE DO ERRO MÉDICO COMETIDO EM SEU ESTABELECIMENTO?

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Universidade do Estado da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e
instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição:

Nome: _____

Titulação e
instituição: _____

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e guia da minha vida. Agradeço pelo cuidado, amor, proteção e misericórdia infinita. Tu és a razão de tudo, meu Pai.

À Nossa Senhora, minha mãe, por não permitir que nada me faltasse; sempre conduzindo as minhas necessidades ao Seu filho, Nosso Senhor.

Ao Espírito Santo por toda inspiração, sabedoria e entendimento oriundos do Pai.

À minha família, sobretudo aos meus pais – Sérgio e Sandra – por acreditarem em mim e viverem comigo todas as preocupações e ansiedades desses últimos meses. Também agradeço à minha irmã pelo companheirismo e facilitação ao exercício da minha vida cristã.

À Romilda, vó “Ninha” – *in memoriam*. És presença em tudo que vivo e sou.

A todos os meus amigos e, de forma especial, aos companheiros de fé. Vocês foram, exaustivas vezes, o sustento da minha decisão por continuar.

Aos meus professores, por todo o conhecimento compartilhado na graduação; e, particularmente, ao meu orientador Prof. Emanuel Lins, pela atenção, paciência e contribuição na construção deste trabalho.

A todos os meus colegas de curso, de modo profundo Matheus, Iasmin, Maria Ivonelma, Manoel, Fabrícia, Deniedson, Brenda, Fernanda e Carol, assim como Vinicius, Davi e o grupo *#partiu10* – eternos em meu coração. Obrigada por dividirem comigo os momentos mais felizes e também aqueles de maior aflição durante esses anos na UNEB.

A Jônatas pelo amor e carinho demonstrado a todo instante.

E a todos os outros que contribuíram direta e indiretamente para este trabalho de conclusão e para toda a minha construção acadêmica. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar como ocorre a responsabilização do hospital particular, diante do erro médico cometido em seu estabelecimento. Para tanto, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica com o estudo de normas do ordenamento jurídico, sobretudo o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, além da análise de jurisprudências referentes ao referido tema. Nesse sentido, busca-se analisar a natureza jurídica da responsabilidade do hospital particular por erro médico, observando, primeiramente, a responsabilidade do profissional médico condicionada à verificação de culpa (de forma subjetiva), em razão do seu enquadramento no parágrafo 4º do art.14 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a exceção dos profissionais liberais; e, em seguida, analisando a responsabilidade do próprio hospital. Esta última se difere de acordo com o objeto do serviço prestado – podendo ser de serviços médicos e/ou hospitalares. A responsabilidade do hospital será subjetiva quando o dano decorrer de um erro relacionado ao seu profissional médico contratado ou preposto - de forma solidária; e objetiva quando relacionada a danos decorrentes da falha do seu serviço meramente hospitalar ou pelos atos dos seus outros funcionários (com exceção do médico). Por fim, não haverá responsabilidade do nosocômio quando o dano for resultado do erro de um profissional que não faça parte do seu quadro clínico. Fica demonstrado, assim, que é necessário analisar de onde decorre o erro que ocasionou o dano sofrido pela vítima, para, então, determinar a responsabilidade do médico e/ou do hospital.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Erro médico; Hospital particular.

ABSTRACT

This present study seeks to demonstrate how the accountability of the private hospital occurs, against the medical error committed in its establishment. Therefore, the methodology used was a literature review to the study of norms of the legal order, especially the Brazilian Civil Code and the Consumer Defense Code, besides the analysis of jurisprudence referring to the mentioned topic. In this sense, seeks to analyze the legal nature of the particular hospital liability for malpractice, observing, firstly, the responsibility of the medical professional conditioned to the verification of fault (in a subjective way), due to its framing in the 4^o paragraph of art.14 of the Consumer Defence Code which provides for the exception to the liberal professions; and then analyzing the responsibility of the hospital itself. The latter differs according to the object of the service provided – may be medical and/or hospital services. The responsibility of the hospital will be subjective when the damage results from an error related to its contracted or presumed medical professional - in solidarity; and objective when related to damages arising from the failure of its merely hospital service or by the acts of its other employees (except for the doctor). Lastly, there will be no liability of the hospital when the damage is the result of the error of a professional that is not part of its clinical picture. It is demonstrated, therefore, that it is necessary to analyze where the error that caused the damage suffered by the victim, to then determine the responsibility of the doctor and/or hospital.

Keywords: Civil Liability; Medical Error; Private Hospital.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PARTICULAR	10
2.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL.....	11
2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA x OBJETIVA.....	12
2.3.1 NATUREZA DO SERVIÇO MÉDICO.....	14
2.3.1.1 OS PROFISSIONAIS LIBERAIS NO CDC	15
2.3.2 CONCEITO DE HOSPITAL E SEUS SERVIÇOS.	15
2.3.2.1 A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DO HOSPITAL - DE MEIO E DE RESULTADO.....	16
2.3.3 PROFISSIONAL LIBERAL x EMPRESA.	17
2.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.....	18
2.5 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA.....	20
2.6 DANO.	22
2.6.1 DANO MATERIAL.....	23
2.6.2 DANO MORAL.	23
2.6.3 DANO ESTÉTICO.....	23
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COMO PROFISSIONAL LIBERAL ..	26
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	26
3.2 ERRO MÉDICO.....	28
3.2.1 DEVERES DO MÉDICO	31
3.2.1.1 NEGLIGÊNCIA.....	34
3.2.1.2 IMPRUDÊNCIA	36

3.2.1.3 IMPERÍCIA	37
4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABECELIMENTOS HOSPITALARES ...	39
4.1 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ATOS DE MÉDICOS EMPREGADOS OU MEMBROS DO SEU CORPO CLÍNICO	39
4.2 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ATOS MÉDICOS SEM VINCULAÇÃO DE EMPREGO OU DE PREPOSIÇÃO	39
4.3 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR FALHA EM SERVICOS HOSPITALARES	41
4.3.1 TEORIA DO RISCO	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

De acordo com dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo por base o ano de 2016, ao menos 1.346.931 processos relacionados ao assunto “saúde” tramitaram no Poder judiciário no referido ano.

Os processos judiciais relacionados à saúde vão além da relação médico-paciente - que, de uma forma geral, são as mais variadas. É possível citar, exemplificativamente, a necessidade de se conseguir um medicamento indispensável, porém, indisponível; a recusa dos planos de saúde em cobrir determinados procedimentos ou tratamentos; a necessidade de leitos em Unidades de Terapias Intensivas quando se encontram ocupados; a essencial vaga nas regulações de transferências entre os hospitais.

Entretanto, no que tange às inúmeras demandas judiciais na relação médico-paciente, tem-se como maior causa o erro médico.

É certo de que o médico erra, como qualquer outro profissional o faz, durante a sua atividade laboral a exemplo dos advogados, engenheiros, arquitetos. Há, entretanto, uma grande diferença que justifica a quantidade de demandas judiciais pelos erros cometidos por esses últimos profissionais citados e o médico.

O médico, quando comete o erro, em regra, interfere no bem estar físico e psicossocial do paciente e, pode ter como consequência, a perda da vida daquele, atingindo, dessa forma, não somente o paciente, mas também os seus familiares e amigos.

Além disso, é importante ressaltar que o médico não exerce seu trabalho em qualquer ambiente e, algumas vezes, não o faz só. Assim, a necessidade de um suporte de instrumentos médicos e hospitalares, bem como, a ajuda de uma equipe clínica, vinculam o nosocômio e os serviços desenvolvidos por esse ao bom êxito da atividade médica.

O hospital, por outro lado, presta diferentes tipos de serviços em seu ambiente. Podendo ser referente a serviços médicos e/ou hospitalares.

Ao longo deste trabalho, se verá os principais atos que ocasionam o erro médico; a natureza da responsabilidade civil médica e como é responsabilizado o

hospital particular em face do erro médico cometido; analisando, principalmente o serviço prestado por este – se médico e/ou meramente hospitalar.

O objeto de estudo foi abordado por meio de revisão bibliográfica – numa pesquisa qualitativa – partindo da observação de livros, artigos científicos, teses e monografias; e a partir de análise jurisprudenciais a respeito de demandas relacionadas ao tema para, então, chegar-se às considerações finais.

2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PARTICULAR

O estudo da responsabilidade civil do hospital particular está centrado na pesquisa sobre os elementos constituidores da responsabilidade lato senso. Por essa razão, é fundamental analisar as características do seu conceito.

2.1 Noções gerais da responsabilidade civil

Um dos principais fundamentos que norteiam o Direito é o dever de não lesar ninguém (*neminem laedere*). Desse modo, é possível assimilar que, quando ocorrida violação a esse fundamento, se faz necessário a busca pela reparação, com a finalidade de garantia da ordem jurídica.

A responsabilidade surge, portanto, com a busca de restabelecer a harmonia e o equilíbrio¹.

Leciona Aduino de Almeida Tomaszewski:

Imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo².

Dessa forma, a responsabilidade transcorre pela área médica e hospitalar a partir da premissa de reparação a um dano causado *a outrem* dentro do ambiente laboral; sendo o dano ocasionado pela ação ou omissão por parte do médico ou de outro profissional que compõe o quadro de funcionários do hospital.

Muitas são as funções da responsabilidade civil e, dentre essas, a mais importante é a de reparação à vítima pelo dano sofrido. Sempre que possível, o principal objetivo é a restituição inicial do bem lesado, no entanto, quando for impossível ocorrê-la, a busca pela reparação se dará pelo pagamento de uma indenização equivalente ao valor do dano sofrido. É o que ocorre, na maioria das

¹ FERLA, Irinéia Vettorazzi. **Responsabilidade civil médico-hospitalar por danos a pacientes**. 2015. 96 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Univates, Lajeado, 2015. p.10.

² *Separação, Violência e Danos Morais – A tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p.245. *Apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

vezes na obrigação por erro médico, por ser o dano decorrente, em regra, irreversível.

2.2 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

Antes de adentrarmos aos elementos da responsabilidade civil que estão atrelados à obrigação de reparação pelo médico e, sobretudo, pelo hospital, torna-se necessário diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade que reflete na seara penal.

A responsabilidade civil, como já dito, é o dever jurídico de restituir o bem ou de compensar o dano lesado; ocorrerá sempre que a única pessoa atingida for a própria vítima e quando o ato ou a omissão que causaram o dano, apesar de ilícito, não for constituído como um crime.

Por outro lado, há danos que ofendem não apenas aquele que os sofrem de maneira direta (por exemplo, o paciente que obteve o seu medicamento trocado, durante a sua administração), mas, sim, toda a coletividade. Algumas condutas são contrárias às normas de comportamento e convivência face à sociedade, não sendo suficiente, portanto, apenas a reparação do dano material causado, por se tratar de uma responsabilidade penal e, em razão disso, possuir regras de penalidades que podem alcançar, inclusive, a privação da liberdade do autor do delito.

Carlos Roberto Gonçalves expõe que

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é a sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação³.

Com efeito, se ao cometer o ato causador do dano, o autor infringir uma lei penal, estará obrigado a repará-lo civil e penalmente, em resposta à sociedade; mas, se ausentes os elementos que caracterizam a infração penal, a harmonia ocorrerá somente com a reparação civil.

Nesse sentido, a responsabilidade do profissional médico, em decorrência de algum erro em seu exercício laboral, também poderá resultar numa reparação civil

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.52.

e/ou penal. Além da obrigação civil, o médico será imputado pela responsabilidade penal, quando a sua ação causar não somente um prejuízo para o paciente lesado, mas, for também enquadrado em um tipo penal.

Existem alguns crimes bem próprios dos profissionais médicos, tais como: violação do segredo profissional, omissão de notificação de doença contagiosa, exercício ilegal da medicina, falsidade de atestado médico, dentre outros. Assim, sempre que o médico realizar algum destes atos, não terá findado a sua obrigação apenas com o pagamento de uma indenização ao paciente relacionado, em razão do entendimento que a sua conduta não ofendeu somente àquele, mas, à sociedade como um todo.

Este trabalho, entretanto, não aprofundará nos elementos da responsabilidade penal médica, em razão do objeto em discussão perpassar apenas pela reparação no âmbito civil.

2.3 Responsabilidade subjetiva x objetiva

A análise dos requisitos essenciais à comprovação da responsabilidade é de extrema importância para o entendimento da diferença entre a responsabilidade do médico e do hospital.

Na responsabilidade subjetiva se solicita como fundamento para a comprovação da responsabilidade civil, a presença da culpa ou dolo; compreendendo que, não havendo, não poderá se falar em existência de responsabilidade. É chamada de subjetiva, portanto, porque se condiciona a um necessário pressuposto.

Assim, defende que para que ocorra a obrigação de indenizar, é preciso que haja os elementos: *ato/ omissão + dano + nexo causal + culpa* (ressaltando-se que essa culpa do agente é em sentido *lato* – imprudência, negligência e imperícia ou dolo)⁴.

⁴ CAVALCANTE, Christiane. **A responsabilidade civil dos hospitais privados**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br>>. Acesso em: 28 out. 2018. p.57.

A base da responsabilidade subjetiva se encontra no artigo 186 do Código Civil de 2002 (CC/02) que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Além de o artigo 927 do CC também reforçar a responsabilidade fundada na culpa, com a seguinte redação: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁵.

Em contrapartida, a responsabilidade não terá a culpa, em alguns casos, como um pressuposto essencial. Quando essa for a realidade, haverá a responsabilidade objetiva, que independe da presença da culpa ou do dolo para que seja configurada a necessidade de reparação.

Redige o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “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”⁶.

A teoria que fundamenta a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Como muito bem explana Carlos Roberto Gonçalves: “Para essa 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”⁷.

Em exemplo a teoria objetiva no Código, é possível citar o art. 936 que trata sobre a responsabilidade do dono diante dos atos de seu animal e o art. 933 que recai sobre o pai, tutor, curador, empregador e dono de hotel a reparação do dano ocasionado por seus filhos, pupilos, curatelados, empregados e hóspedes.

No que tange á responsabilidade médica e a que recai sobre o hospital, para defini-las como objetiva ou subjetiva, é importante frisar, primeiramente, sobre a natureza de cada serviço.

⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁶ Ibidem.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.55.

2.3.1 Natureza do serviço médico

A relação existente entre o médico e o paciente caracteriza uma relação de consumo, sendo o primeiro o fornecedor do serviço, mediante remuneração, e o último o consumidor desse, adquirindo o serviço prestado como destinatário final.

A partir desse entendimento, é possível analisar a responsabilidade que decorre do fato do serviço, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O código disciplina no primeiro parágrafo do artigo 14 que:

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando 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 fornecido⁸.

Ainda analisando o artigo citado, no seu *caput* o legislador define essa responsabilidade pelo fato do serviço como objetiva, sendo o fornecedor obrigado a repará-la, sem a necessidade da comprovação da culpa:

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 riscos⁹.

Bem por isso, a responsabilidade pelo fato do serviço é, em regra, objetiva. Entretanto, a natureza da responsabilidade médica, ainda que se tratando de uma relação de consumo, é uma exceção, na medida em que se enquadra no parágrafo 4º do artigo em análise. Diz o trecho mencionado: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹⁰.

Para melhor compreensão será analisada adiante a classificação do médico como profissional liberal e, por conseguinte, a natureza da sua responsabilidade.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

2.3.1.1 Os profissionais liberais no CDC

O médico faz parte do rol dos profissionais liberais enquadrados como exceção à responsabilidade objetiva disposta no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Acentua Nehemias Domingos de Melo, no que diz respeito à definição de profissional liberal:

Importante esclarecer que profissional liberal é o prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera. Dentre estes se podem enquadrar o médico (com algumas exceções), o advogado, o engenheiro, o dentista e o arquiteto¹¹.

Assim, a partir da definição do médico, enquanto profissional liberal, em razão da autonomia técnica e da ausência de subordinação da sua atividade, possui a responsabilidade condicionada à comprovação de culpa, como determina o 4º parágrafo mencionado; exigindo-se a presença de alguma imprudência, negligência ou imperícia (que serão explanadas adiante) para constatá-la.

2.3.2 Conceito de hospital e seus serviços

O hospital é o estabelecimento próprio para internamento e tratamento de enfermos e feridos. São encontrados nos nosocômios todos os equipamentos necessários para o cuidado daqueles que dele necessitam; mas esse cuidado é, muitas vezes, realizado diretamente pelo ato médico.

Nesse sentido, é possível compreender que os hospitais podem prestar dois tipos de serviços: aqueles tipicamente hospitalares e os serviços prestados diretamente por médicos e demais profissionais da saúde.

O primeiro serviço diz respeito ao serviço de hospedagem que o hospital fornece ao paciente internado. Inclui, por exemplo, os apartamentos, lavanderia, cozinha, copa, faxina, tesouraria e todos os funcionários que a estes compõem. Diz

¹¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.13.

Rui Stoco: “sua atividade é assemelhada a dos hotéis e pensões. Compromete-se a fornecer a acomodações e refeições condignas e condizentes com o preço estabelecido”¹².

Já o segundo serviço prestado envolve aqueles voltados ao diagnóstico, prognóstico e tratamento do paciente. São oferecidos, assim, tanto pelos profissionais que enquadram o corpo do hospital, pelos que são prepostos e por aqueles sem vinculação de emprego. São compostos, basicamente, pelos serviços desempenhados na urgência e emergência, enfermarias, unidades de tratamento intensivo, salas cirúrgicas e ambulatórios.

2.3.2.1 A natureza da obrigação do hospital – de meio e de resultado

O hospital, a partir dos diferentes serviços que desempenha, pode ter como obrigação com o paciente o dever de fornecer os serviços médicos ou de fornecer apenas a hospedagem e/ou serviços paramédicos.

No caso do primeiro (serviços médicos), ocorre por meio do tratamento médico desejado, sendo, portanto, uma atividade de meio e não de resultado - devendo proporcionar o necessário para cumpri-lo, mas sem conseguir garantir o seu alcance final. Logo, o hospital não poderá responder de forma objetiva, já que o próprio médico, enquanto profissional liberal, terá, em regra, a sua responsabilidade mediante a verificação de culpa (como já demonstrada acima).

Quanto ao segundo, o foco principal do contrato passa a ser a preservação da incolumidade do paciente, ou seja, a garantia de que não terá piora no seu estado de saúde por quebra de aparelho respiratório; não cairá em decorrência de um piso escorregadio ou falta de cuidado da equipe; não tomará nenhuma medicação trocada ou vencida. São nesses casos em que a atividade desenvolvida pelo hospital, se assemelha à atividade dos hotéis, porque, apesar de não ser possível haver um controle de toda a atividade envolvida, há, no geral, a obrigação de cuidado e vigilância para a manutenção da integridade do paciente¹³.

¹² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.854

¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 703 p.

Portanto, é compreensivo que, quando o dano sofrido pelo paciente recair sobre o hospital em decorrência de uma atividade desenvolvida na área médica típica e específica, será enquadrado no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, que disciplina a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, apurada mediante a verificação da culpa¹⁴. Em todos os outros casos o hospital possui uma obrigação de resultado, pelo dever de cuidado que lhe é devido; também justificada pela teoria do risco, que será explanada no decorrer deste trabalho.

2.3.3 Profissional liberal x empresa

Como já visto, o profissional liberal é aquele que exerce a sua profissão (a sua atividade intelectual) sem subordinação. A autonomia do serviço prestado, bem como a atividade intelectual desenvolvida pelo médico o enquadra no rol dos profissionais liberais e condiciona a sua responsabilidade à verificação da culpa.

Por outro lado, faz-se necessário descrever o hospital como prestador de serviços, que possui a sua responsabilidade objetiva (em serviços hospitalares, como já visto) atrelada à sua natureza de empresa.

A atividade empresarial é a organização para produção ou circulação de bens ou serviços com a finalidade de lucro. A empresa é justamente essa atividade organizada, exercida profissionalmente, envolvendo a produção ou a movimentação de bens ou de serviços (exceto os de natureza intelectual)¹⁵.

O hospital é, portanto, uma empresa que organiza a produção dos serviços hospitalares, e, assim, referente à sua responsabilização, sempre que se tratar de um dano decorrente desses serviços, será objetiva, disciplinada pelo artigo 927 do Código Civil, que diz:

Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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 outrem¹⁶.

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.855

¹⁵ TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: Doutrina, jurisprudência e prática**. 7. ed. São Paulo: Saraiva*jur*, 2018. p.64

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 jan. 2002. Código Civil. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

2.4 Responsabilidade contratual e extracontratual

Afirma o autor Sérgio Cavaliere Filho: “A responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação”¹⁷. E essa obrigação pode decorrer tanto de uma sanção legal como, ainda, da violação ao dever acordado no contrato.

De maneira bem simples, é possível definir a responsabilidade contratual como aquela em que o dano decorre da infração a um dever contratado, através de um acordo de vontades. É a inexecução previsível e evitável da obrigação decorrente do contrato.

De outro modo, a responsabilidade extracontratual não decorre de um acordo, mas sim pela inobservância do sistema normativo que regulamenta a sociedade. Redige Ruy Stoco:

Em resumo, a responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem¹⁸.

Tratando-se da classificação da responsabilidade decorrente do erro médico, não é possível negar a existência de um contrato de prestação de serviço entre o paciente e o médico, no momento em que este o atende; sendo a atividade, portanto, de natureza contratual.

É importante destacar, ainda, que o médico somente exerce a sua função de forma extracontratual quando, sem que haja contrato, é surpreendido com uma circunstância que necessita da sua atuação profissional. Um exemplo seria o caso de caminhando em via pública, deparar-se com um ferido; sendo-lhe incumbido o dever de prestar assistência, mas sem nenhuma formação de vínculo contratual.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.305.

¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

Em relação à responsabilidade civil dos hospitais diante dos seus pacientes, sendo esses internos ou não, também será contratual¹⁹. Como já dito, é o mesmo entendimento que ocorre com os hoteleiros e os seus hóspedes já que, além da obrigação de assistência médica, há por aquele, primeiramente, a obrigação de hospedagem, havendo a responsabilização de cada uma das obrigações de forma isolada, de acordo com a sua contribuição para o dano causado.

A partir do objeto do contrato, em regra, ele pode acontecer de duas formas: “o contrato médico hospitalar” no qual são contratados os serviços médicos e de hospedagem ou o “contrato de serviços hospitalares” que inclui apenas a hospedagem e os cuidados necessários ao tratamento, sem a vinculação com o profissional médico - ocorre, por exemplo, quando o paciente contrata um médico particular para realizar alguma cirurgia, utilizando do hospital apenas a sua acomodação²⁰.

Em relação às características do contrato, este terá natureza: bilateral (com direitos e obrigações por ambas as partes); onerosa (trazem vantagens para os contratantes, ao passo em que cada um deles sofre um sacrifício correspondente à busca almejada); comutativa (ocorre de imediato à prestação de serviço pelo hospital de acordo com o pagamento do paciente) e por adesão (cabe ao paciente apenas aceitar as condições determinadas pelo hospital)²¹.

Quanto à forma, é necessariamente consensual, em razão de exigir apenas a vontade das partes contratantes e nenhuma outra formalidade a mais. Em regra, é formalizado mediante escrito, mas, a depender da urgência também pode ser celebrado mediante a vontade e redigido por escrito após a realização do atendimento.

¹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 854

²⁰ CAVALCANTE, Christiane. **A responsabilidade civil dos hospitais privados**. 2007. 283 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://bdt.d.ibict.br>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 29. ed.: Saraiva, 2015.

Tratando-se do objeto, o contrato entre o hospital e o paciente é sempre de prestação de serviços, abrangendo aqueles médicos e/ou serviços hospitalares e de cuidados necessários ao tratamento, como dito anteriormente.

Por fim, é um contrato de execução continuada, em razão do atendimento ao paciente que se prorroga por muito tempo, salvo em casos específicos (e raros) de rápido e curto atendimento. O contrato só é finalizado com a alta do paciente que, quase sempre, é imprevisível.

Assim, a responsabilidade por descumprimento da obrigação será objetiva quando se tratar de algum dano decorrente de uma falha no serviço hospitalar; e subjetiva quando o ato decorrer apenas de serviços médicos (em razão do enquadramento no rol de profissionais liberais).

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ANESTESIA GERAL. PACIENTE EM ESTADO VEGETATIVO.

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 subjetiva²².

2.5 Responsabilidade solidária e subsidiária

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 351178**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: < <http://stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

Quando se trata da responsabilidade do hospital por erro médico, também se faz necessário analisar quando esta será solidária entre o hospital e o médico ou quando será uma responsabilidade exclusiva daquele que diretamente a cometeu.

Antes disso, é importante diferenciar a responsabilidade solidária da responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade solidária é aquela que possui uma pluralidade de sujeitos no campo ativo (credores) ou no campo passivo (devedores).²³ No caso em análise, tratando-se do campo passivo, seria o caso da mesma obrigação decorrente do dano causado, que vincula todos os sujeitos ao dever de reparação.

Por outro lado, a responsabilidade subsidiária é uma forma especial de solidariedade. Ocorre quando uma das pessoas tem a obrigação originária e a outra tem a obrigação apenas em decorrência desse débito. Há uma “preferência” na execução para reparação do bem, onde não sendo suficientes os bens do primeiro devedor, o outro será atingido, portanto, em caráter subsidiário.

Desde já, é compreendido que a responsabilidade subsidiária não está atrelada à relação em análise.

Quanto à responsabilidade solidária entre o hospital e o médico, para constatar tal definição, é importante examinar se o médico é contratado do hospital. Quando esse for o caso, será aplicado o entendimento que o patrão responde pelos atos dos seus empregados, serviços ou prepostos, presente no inciso III do artigo 932 do Código Civil.

Essa responsabilidade, portanto, ocorre por solidariedade porque ambos são vinculados a toda a obrigação. Apesar de o hospital ser o responsável principal, pela sua condição de empregador, terá assegurado o seu direito de regresso diante do seu empregado, para reaver o que pagou pelo dano causado por esse. Inexiste, assim, impedimento da vítima pleitear uma ação contra o hospital ou contra o

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.p. 258.

funcionário causador direto do dano, justamente pela obrigação solidária existente entre os dois²⁴.

Contudo, haverá responsabilidade exclusiva do hospital quando o dano for decorrente do serviço da hospedagem e de seus funcionários envolvidos, e não da atuação do médico; bem como haverá a responsabilidade exclusiva do médico quando este não for funcionário do hospital e apenas alugar um espaço deste para realizar o procedimento necessário ao paciente. Neste último caso, não há nenhuma relação entre o paciente e o hospital, visto que o contrato do paciente é realizado apenas com o profissional médico; assim, o dano decorrente da atuação médica nessas condições será exclusivamente do próprio médico, sem nenhuma relação ou obrigação do hospedeiro.

2.6 Dano

A responsabilidade do hospital, analisada por esta pesquisa, tem, ainda como premissa, o dano decorrente da ação ou da omissão por parte do profissional médico. É importante, assim, observar que esse dano pode ser de diferentes tipos, a depender de qual for o resultado do erro médico.

Numa definição geral, o dano corresponde ao prejuízo sofrido pela vítima, em decorrência da ação ou da omissão do agente e que, por isso, merece ser reparado (se ainda possível, sendo restabelecido o *status quo ante*).

É certo que sem a presença do dano, não há que se falar em prejuízo, inexistindo, assim, a responsabilidade civil; visto que não é possível tratar de responsabilidade se não há um pressuposto para ser indenizado.

O erro médico e a responsabilidade de reparação pelo profissional e, algumas vezes, também pelo hospital, podem resultar em danos materiais, danos morais e danos estéticos. Para melhor compreensão, serão estes explanados de forma individual.

²⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 861.

2.6.1 Dano material

O dano material é aquele correspondente ao prejuízo patrimonial sofrido pela vítima. É importante ressaltar que esse prejuízo abrange tanto o que efetivamente foi perdido, ou seja, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima (chamado de dano emergente); bem como aquilo que se deixou de ganhar, isto é, a perda de um ganho que já era esperado pela vítima (conhecido por lucro cessante).

Como exemplo de um dano material, é possível citar um paciente que paga certo valor numa cirurgia e/ou em medicamentos necessários para minimizar o dano causado por um erro médico. Ainda utilizando deste fato, supondo que o paciente, em razão da cirurgia realizada, tenha ficado impossibilitado de realizar uma viagem de trabalho; é necessário que a vítima seja reparada não somente pelo valor que pagou pela cirurgia – dano emergente - mas também pelo montante que deixou de ganhar, devido à incapacidade de realizar a sua atividade laboral (lucro cessante).

2.6.2 Dano moral

O dano moral é aquele que atinge a pessoa da vítima sem lesar de fato o seu patrimônio, mas, lesando os direitos da sua personalidade; como a honra, a imagem, a intimidade, a dignidade.

O prejuízo sofrido pela vítima do dano, nesse caso, vai além de um prejuízo patrimonial, por isso é chamado de dano extrapatrimonial; entretanto, causa-lhe dor, humilhação, tristeza e vexame, que interferem na sua satisfação e no seu bem-estar e, por essa razão, necessita de ser reparado.

Seria o caso, por exemplo, do paciente que é vítima de uma quebra de sigilo médico e sofre situações e comentários humilhantes em decorrência desta.

2.6.3 Dano estético

O dano estético corresponde a alterações morfológicas no indivíduo, abrangendo, em regra, deformidades e marcas que possa causá-lo uma exposição ao ridículo ou um complexo de inferioridade, além de também poder atingir a sua capacidade laboral.

Está atrelado, por exemplo, a cicatrizes e deformidades que tenham sido consequências do erro do profissional médico e que causem grande exposição à vítima. Seria o caso de uma atriz que, tendo a sua imagem como objeto de trabalho, por consequência de um erro médico, venha a ter uma enorme cicatriz em seu rosto; levando-lhe não somente a sofrer com complexos e exposições, mas também com o efeito que recairá sobre a sua atividade laboral.

Não há dúvidas de que o dano estético constitui um dano moral. Dessa forma, a Súmula 387 do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento da possibilidade de cumulação das indenizações de dano moral e de dano estético, uma dúvida sempre discutida, em tempo anterior.

Comprova a decisão do Recurso Especial a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSOS ESPECIAIS. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. PRIMEIRO RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418 DO STJ. SEGUNDO RECURSO. CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 284 DO STF. SÚMULA 387 DO STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS ATOS DE SUA EQUIPE MÉDICA.

1. Nos termos da Súmula 418 do STJ, "é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

2. Inviável o recurso especial cujas razões não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais (Súmula 284/STF).

3. Consoante entendimento sedimentado no verbete 387 do STJ, "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso.

5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico.

6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido²⁵.

Fica demonstrado, portanto, a possibilidade de cumulação do dano moral e do dano estético, quando possível apuração separada de cada um destes.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 774.963**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COMO PROFISSIONAL LIBERAL

Como já explanado no capítulo anterior, o médico, enquanto profissional liberal, possui a responsabilidade pelo dano resultante da sua prestação de serviço, condicionada à verificação da culpa.

De mais a mais, é importante analisar de que forma é comprovado esse elemento e em quais hipóteses ele se faz existente na atuação do profissional.

3.1 Evolução histórica da responsabilidade médica

De acordo com Nehemias Domingos de Melo, o primeiro código que surge para dispor a respeito de alguma responsabilidade por um erro médico é o Código de Hamurabi. Este tratava de normas da atividade médica, principalmente quando se fala na atividade do cirurgião, sendo exigido o máximo de cuidado no seu exercício. Dessa forma, o erro que ocasionasse morte ou lesões graves ao homem era sancionado com punições corporais pelo mau resultado, como, por exemplo, a amputação da própria mão.²⁶

A ideia de punição existente no Código de Hamurabi também existiu no Código de Manu e na Lei de Doze Tábuas, que o sucederam. O seu principal objetivo era constranger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos, sobretudo na atuação da área médica.

A partir do Direito Romano, começa-se a pensar na responsabilização do médico de forma semelhante à que encontramos hoje:

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente podem ser encontrados no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, donde se extrai: "*sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet ita quod per imperitiam computari ei debet*" (assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia)²⁷.

²⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.4

²⁷ Ibidem., p.4.

É o Direito Francês, por fim, que fundamenta a responsabilidade civil médica, iniciada a partir do Direito Romano, através da análise de casos a partir da culpa efetiva e provada, sendo semelhante aos seus atuais horizontes. Um caso bastante conhecido na Justiça Francesa foi de grande importância para tal consolidação: após ser solicitado para a realização de um parto de urgência da Senhora Foucalt, o médico Heile de Donfront se apresentou três horas após ser chamado, sem que justificasse nenhuma razão que lhe afastasse a suspeita de negligência.

No momento que iniciou o atendimento da gestante e realizou o primeiro exame, percebeu que o feto se encontrava numa difícil posição para a realização das manobras do parto (com a mão direita no percurso vaginal) e, assim, decidiu amputar o membro que impedia tal procedimento, para facilitar a sua realização. Depois disso, percebeu que o membro esquerdo também se encontrava de forma semelhante ao retirado, e, pelo mesmo motivo, também decidiu amputá-lo. Assim, a criança nasceu com as duas lesões descritas em decorrência da atuação do médico antes e durante a realização do parto e, por tais motivos, a família Foucalt decidiu entrar com uma ação judicial contra o profissional.

A princípio, o Tribunal de Comfront permaneceu dividido sobre o fato. Entretanto, a Academia Nacional de Medicina da França se manifestou em apoio à família e à paciente e de maneira contrária à atuação médica. Após serem nomeados quatro profissionais obstetras, a pedido do Tribunal, foi exposto um laudo com as seguintes conclusões:

(1) nada provado que o braço fetal estivesse macerado; (2) nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; (3) não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; (4) a operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte.²⁸

Assim sendo, à época, o Tribunal de Comfront sentenciou o Dr. Helie arbitrando uma pensão anual de 200 francos.

Como muito bem conceituou o Procurador Dopin:

Do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em

²⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.6.

relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa²⁹.

Portanto, percebe-se que foi o Direito Francês que consolidou as primeiras diretrizes da responsabilidade médica que norteiam a doutrina e a jurisprudência em muitos países, como aqui no Brasil.

É certo que a medicina avançou muito desde a antiguidade até os tempos atuais, possuindo novas técnicas, medicamentos e equipamentos tecnológicos para o seu exercício. Como estes avanços possibilitaram o desenvolvimento da profissão, surgem maiores expectativas para o bom e esperado resultado; e maiores cobranças e insatisfações quando este não é alcançado.

Destarte, o que se espera das melhorias referidas é um maior controle sobre a saúde, a vida e a morte, aumentando, assim, a segurança para os médicos e, principalmente, para os pacientes; e diminuindo, portanto, a tolerância destes últimos em face de erros sofridos.

Entretanto, junto aos avanços já mencionados, aparecem os danos sofridos por exames errados, por falhas na má execução de máquinas e laboratórios, e tantos outros que circundam a tecnologia, não diminuindo o número de processos por erros médicos no poder judiciário que, na busca pela reparação dos erros médicos só aumenta.

3.2 Erro Médico

Nas ações relacionadas à responsabilidade civil por relação médico-paciente no judiciário, temos o erro médico como o grande motivo.

Antes de adentrar no erro médico, é necessário abordar um pouco sobre o resultado adverso, pois nem toda insatisfação na relação médico-paciente pode ser caracterizada como erro médico, uma vez que essa não se resume somente ao trabalho do referido profissional.

²⁹ Newton Pacheco. **Erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-25 *apud* Nehemias Domingos de Melo. Responsabilidade Civil por erro médico, p. 6.

As péssimas condições de trabalho, como a ausência de leitos e medicamentos nos hospitais, e a grande demanda (exemplificada pelas filas numa marcação de exame ou numa espera de transplante de órgãos), por exemplo, são situações claras que podem ocasionar grandes complicações na assistência médica individual ou coletiva, sem nenhuma suspeita de erro por parte do profissional.

Assim, ao analisar tais demandas, percebe-se não ser possível uma responsabilização do profissional nesses casos, tendo em vista que o dano sofrido não possui uma relação de causalidade com a atuação médica. Não é, portanto, o erro médico o único problema existente na medicina e a única demanda no judiciário para que haja a resolução do conflito experimentado, apesar de ser um dos maiores responsáveis.

Ademais, para se tratar do erro médico, é necessário se fazer uma diferença entre este, o acidente imprevisível e o resultado incontrollável.

De maneira geral, o primeiro ocorre quando o médico comete algum erro por inobservância técnica, e, a partir disso, venha a causar danos à saúde ou à vida do paciente. É o erro em decorrência de uma negligência, imprudência ou imperícia (temas que serão abordados mais adiante).

No acidente imprevisível, há um resultado danoso sofrido pelo paciente, em decorrência do ato médico, aparentemente em razão de um caso fortuito ou de força maior. Isso quer dizer que, malgrado exista a ofensa à integridade física ou psíquica do paciente, durante ou após a execução médica, aquela era incapaz de ser prevista ou evitada.

Já o resultado incontrollável está atrelado, quase sempre, à evolução do quadro do paciente, que depende da resposta do próprio organismo para a qual a ciência e a atuação médica não possuem solução.

Fica demonstrada, desse modo, que a atuação médica é uma obrigação de meio e não de resultado, por ter o dever de em tudo contribuir para a melhoria do paciente, mas nem sempre conseguir este objetivo.

O Código de Ética Médica prevê, no seu artigo 29, uma clara vedação ao cometimento de erro médico: “É vedado ao médico praticar atos danosos ao

paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”³⁰.

De acordo com Genival Veloso de Franca, o art. 29 já trata da consumação do ato vedado, mediante as suas inúmeras formas de execução³¹. O referido autor acredita que a falta de atenção a inúmeros artigos do Código de Ética é a causa inicial que desencadeia o ato vedado no artigo citado, sendo esses:

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

(...)

Art. 5º - O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

(...)

Art. 9º - A Medicina não pode, em qualquer circunstância, ou de qualquer forma, ser exercida como comércio.

(...)

Art.11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O Mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

Art. 12 - O médico deve buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho

(...)

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

Art. 7º - Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria

(...)

Art. 9º - Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

(...)

CAPÍTULO IV – DIREITOS HUMANOS

Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

³⁰ BRASIL. Resolução nº 1.246, de 1988. **Código de Ética Médica**. Conselho Federal de Medicina.

³¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257 – online.

(...)

CAPÍTULO V – RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

Art. 32 - Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

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.

(...)

Art. 36 - Abandonar 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

Art. 37 - Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

(...)

Art. 42 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método³².

Sendo assim, basta que deixe de fazer algo ou tenha realizado algum ato que lhe era vedado, para que o médico caminhe em direção ao cometimento do erro.

Importante se faz, assim, listar os principais deveres do médico que desencadeiam no cometimento de dano e, logo, da obrigação de repará-lo.

3.2.1 Deveres do Médico

Não é possível tratar da responsabilidade civil médica sem deixar de expor os deveres do profissional, que muitas vezes são as principais causas da responsabilidade.

³² BRASIL. **Resolução nº 1.246**, de 1988. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina.

O primeiro deles trata-se do dever de informação.

Ao médico cabe a obrigação de informar ao paciente o estado de saúde em que este se encontra e suas reais possibilidades de melhora, piora e os riscos previsíveis em cada tratamento que decidir submetê-lo. Só é dado o direito de omissão pelo profissional, quando essa comunicação tiver a possibilidade de provocar algum dano ao paciente, passando a informação a ser devida, nesses casos, aos seus representantes.

Ainda nesse sentido, mesmo que a maioria dos contratos entre médico e paciente sejam firmados verbalmente, o médico também dispõe da obrigação de cumprir formalmente a avença quando lhe for exigido. O termo de consentimento para tratamentos de riscos, por exemplo, é algo que deve ser declarado pelo paciente de forma manuscrita e voluntária. Nesses casos, torna-se indispensável a autorização por termo de consentimento do paciente ou da sua família e/ou representantes (se necessário), exceto em casos de urgência (estado de ameaça ao quadro clínico do paciente que precisa ser resolvida de imediato) ou atividade médica que decorre de determinação judiciária.

A falta de comunicação médica, bem como a falta de preocupação com o consentimento informado do paciente são quase sempre enquadrados como negligências (que será definida adiante) e causas para responsabilidade médica. Conforme ementa do recurso especial nº 1.540.580:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. **O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarece o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, a possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico,** salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado.

6. **O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se.** A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação³³.

Além da obrigação de informar, o médico também possui, no contrato com o paciente, o dever de cuidado com aquele que lhe foi confiado, e quando não o faz, poderá ser responsabilizado por abandono. Ocorre ressalva apenas quando o profissional age, em decorrência de alguma situação que traria prejuízo à relação ou ao desempenho médico, comunicando aos familiares e/ou representantes legais do atendido e passando todas as informações necessárias ao novo profissional que o acompanhará. Não sendo configurado, portanto, a situação de abandono.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. nº 1.540.580. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em < www.stj.jus.br >. Acesso em: 01 dez. 2018

Por fim, o médico possui o dever de sigilo com as informações colhidas na prática da sua atividade. Assim dispõe o art. 102 do Código de Ética Médica: “É vedado ao médico: revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”³⁴.

Continuando, para se concluir o entendimento de erro médico, ainda se faz necessário explanar o que é imprudência, negligência e imperícia, que são atos ou omissões que resultam do descumprimento dos deveres citados acima e que são decisivos na comprovação da culpa exigida na responsabilização médica.

3.2.1.1. Negligência

A negligência é constatada por uma desídia do profissional médico, que deixa de realizar determinados atos durante o exercício da sua profissão. Utilizando as palavras de Genival Veloso de Franca: “A negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo”³⁵.

O contrário da negligência é a diligência, que significa o ato de diligenciar, um sinônimo de empenhar. Logo, quando se afirma que houve negligência por parte do médico durante a sua atividade, entende-se que ele não agiu com empenho necessário para evitar a ocorrência de determinado dano. Esse empenho seria exatamente o cuidado e atenção exigidos naquele momento.

Podem ser caracterizados como causas de negligência:

1. *O abandono ao doente.* De acordo com Genival, o mais clássico caso de negligência médica. Quando firmada a relação médico-paciente, se espera que o primeiro esteja atento e solícito ao segundo, durante todo o tempo, até que se finde

³⁴ BRASIL. **Resolução nº 1.246**, de 1988. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina.

³⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.259 – online.

a referida relação. E isso só acontece quando houver uma melhora na integridade física e/ou psíquica do paciente³⁶.

A obrigação de continuidade do cuidado com o paciente por parte do médico é, em regra, absoluta, havendo exceção somente quando existir acordo entre as partes ou em casos de força maior. Nesse sentido, a negligência por abandono ao doente, ocorre, por exemplo, em um momento em que o paciente solicite a presença do médico que já o acompanhava, por ainda necessitar de tratamento, e o profissional, ainda que certificado, nega tal atendimento.

2. *Omissão de tratamento.* Comete negligência o médico que omita um tratamento ao paciente ou o encaminhe a outro profissional especializado de modo tardio. É o caso, *v. g.*, de um clínico que percebe que o paciente precisa ser encaminhado com urgência, com necessidade cirúrgica, e só o faz depois de um tempo, causando enorme complicação no estado de saúde.

3. *Negligência de um médico por omissão do outro.* Pode ocorrer a negligência de um médico em razão da falha do seu próprio colega. Por exemplo, quando ocorre a troca de plantão, o primeiro profissional necessita se certificar de que o segundo já se faz presente no ambiente hospitalar, antes que se encerre o desempenho da sua função. Isso quer dizer que, caso aconteça do primeiro médico sair sem realizar tal observação, e se o segundo que haveria de chegar se atrasar, havendo uma urgência médica e existindo dano ao paciente (em razão da ausência do profissional), será negligente e, tão logo, responsabilizado aquele primeiro que, ainda que não tenha existido nenhuma relação direta com o paciente, foi negligente em não se atentar à chegada do colega, antes que deixasse o hospital.

4. *Negligência de hospitais.* Esse tema não será abordado neste momento, ainda que de forma superficial, por ser o tema central deste trabalho, sendo, portanto, analisado e aprofundado mais adiante.

5. *Esquecimento de corpo estranho em cirurgia.* A princípio, é importante destacar que nem todo ato de esquecimento de objeto estranho durante a cirurgia é interpretado como negligência médica. Ao contrário disso, o esquecimento de algum

³⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 259 – online.

instrumento (e no mais comum de compressas) é uma realidade muito comum nas mesas de cirurgia. A maioria dos cirurgiões confirma o fato quando reconhecem que envolve não somente a atenção médica, mas sim a ação de toda equipe (a equipe de enfermagem na contagem dos instrumentos utilizados).

Apesar de bastante gravoso e de já existir maior preocupação e atos destinados a minimizá-lo (por parte da medicina), essas situações ainda não são incomuns.

É configurada a negligência médica quando a referida circunstância é uma situação recorrente do mesmo profissional, ou quando é um ato que comprove imensa desídia do profissional. Assim, quando o médico, diversas vezes, esquece determinado “corpo estranho” durante uma cirurgia e, por consequência, ocorrem várias complicações clínicas dos seus pacientes, poderá nesse caso ser enquadrado como negligente, pela sua falta de atenção que não se resume a um fato isolado, mas a uma situação recorrente.

3.2.1.2. Imprudência

A imprudência é caracterizada pela temeridade no ato médico. É a prática realizada sem que o agente tivesse atenção às consequências que poderiam decorrer daquela. É o caso, *verbi gratia*, do cirurgião que, em razão da demora do anestesista, decide por não esperá-lo e toma partido para que ele mesmo aplique a anestesia no paciente, provocando neste um choque anafilático; ou do médico que decide liberar o paciente, ainda que não se encontre em situação benéfica para receber alta, e com isso provoque a sua morte subsequente³⁷.

Em razão da profissão que é exercida pelo mesmo, espera-se do médico grande prudência em qualquer ato. Isso porque os bens jurídicos com os quais o profissional trabalha diariamente são a saúde e a vida. Ser um médico prudente é, antes de tudo, pensar nos resultados das suas experiências, agindo previamente

³⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98.

sobre um evento que pode derivar da sua ação, tomando o cuidado necessário para evitar a insatisfação com o seu exercício profissional.

3.2.1.3. Imperícia

Por fim, a imperícia é a última dentre as razões de responsabilização por erro médico, trazida no artigo 29 do Código de Ética Médica. Esta é caracterizada pelo despreparo ou insuficiência de caráter técnico. É o desconhecimento, a inexperiência e a incapacidade no exercício de determinado ato, que, exercido, venha a causar dano ao paciente, em razão da ausência de conhecimento acerca daquele serviço específico naquela profissão.

É importante destacar que não é qualquer diagnóstico errado que pode ser enquadrado como imperícia, afinal, qualquer profissional está sujeito a cometer erros, no momento em que exerce a sua capacitação. Como todos os outros, o médico aprende através da experiência e da observação; tarefa, frequentemente, árdua e difícil. Além disso, não é um ser infalível, nem pode garantir a cura de todos os enfermos, isso porque, como já visto, exerce uma atividade de meio e não de resultado. Assim, deve-se garantir todas as ações possíveis ao tratamento daquele, mas jamais garantir o seu resultado.

Muitos doutrinadores, a exemplo de Genival Veloso de Franca, compreendem que, em decorrência do diploma de conclusão de curso superior que possui, nenhum médico poderia ser responsabilizado pelo enquadramento de imperícia, uma vez que esta seria justamente a incapacidade para determinado ofício. Compreendem que se o profissional possui o diploma do curso de medicina (devidamente reconhecido) é automaticamente competente e habilitado para o exercício da função, independentemente do campo de atuação³⁸.

Com efeito, defendem o entendimento de que qualquer ato médico realizado (por aquele devidamente habilitado) que cause danos ao paciente, em decorrência de erro, seria sempre por imprudência ou por negligência, mas jamais por imperícia.

³⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 265 – online.

Por outro lado, existem médicos que se aventuram a exercer a função da qual não compete à sua especialidade, e, por esse motivo, se entende que a imperícia pode sim ser aplicada aos médicos, ainda que portadores de diploma do curso superior.

(...) Conforme leciona o magistrado Enio Santarelli Zuliani, verifica-se a imperícia quando o médico apesar de habilitado (curso teórico e prático na Faculdade de Medicina) para a nobilíssima tarefa atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar; diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada a qual chega com 'fratura exposta' é imperito porque o procedimento é adequado para 'fratura fechada' e em casos assim a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo STJ³⁹.

Nesse sentido, também é importante destacar que o próprio Código de Ética Médica traz a imperícia, somada a imprudência e negligência, como aspecto do erro médico, não havendo dúvidas quanto a sua configuração. Com efeito, a imperícia seria a ausência de observação das normas primárias que norteiam aquele procedimento, de maneira específica, bem como o despreparo prático do médico para o exercício da profissão, que ainda assim decide por exercê-lo e ocasiona um dano à integridade física e/ou psíquica do paciente.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 228.199**. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: < www.stj.jus.br >. Acesso em: 03 dez. 2018

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES

Conforme fora visto, a responsabilidade do hospital particular ocorre de forma diversa, a depender do tipo de serviço prestado por este, determinado pela relação existente entre o paciente e o nosocômio. De mais a mais, é importante analisar cada caso específico no que diz respeito à prestação de serviço do hospital e a responsabilidade que, portanto, existirá sobre esse.

4.1 Responsabilidade do hospital por atos de médicos empregados ou membros do seu corpo clínico

Conforme já fora analisado, quando o dano é resultado de uma falha na prestação do serviço relacionado a atos exclusivos do médico, a responsabilidade do hospital ocorrerá de forma solidária à responsabilidade do médico. Essa responsabilidade será subjetiva (mediante verificação de culpa), de acordo com o inciso III do art. 932 e o art. 933 do Código Civil, e em decorrência do enquadramento do profissional no parágrafo 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre o profissional liberal como exceção à regra: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

4.2 Responsabilidade do hospital por atos médicos sem vinculação de emprego ou de preposição

É preciso analisar de forma particular a exceção que ocorre quando o profissional médico não tem nenhuma vinculação de emprego ou de preposição com o hospital, mas realiza o seu exercício laboral naquele local numa espécie de contrato de aluguel (muito comum, por exemplo, com médicos que alugam centros cirúrgicos hospitalares para realizar determinados procedimentos, mas não possuem nenhum vínculo empregatício com estes); ou ainda quando o paciente é internado no seu estabelecimento apenas para receber deste os seus serviços de hospedagem e cuidados meramente hospitalares, sem nenhuma relação com os médicos vinculados ao nosocômio.

O Código de Ética Médica permite, nesse sentido, como direito do médico, no seu artigo 25: “Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição”⁴⁰.

Assim, quando inexistir vínculo empregatício entre o hospital e o médico, de forma que aquele só aluga um espaço para realizar o seu trabalho, ou quando o paciente se utiliza dos serviços meramente hospitalares, o hospital não terá nenhuma responsabilidade diante de um dano ocasionado pelo profissional médico.

Explana a Ministra Nancy Andrighi em seu voto no julgamento do recurso especial nº 1.579.954, ao analisar a existência ou não da responsabilidade solidária entre o hospital e o médico:

(...) Na mesma progressão de ideias, resta definir a responsabilidade solidária imposta ao hospital por danos causado ao paciente, em decorrência da conduta culposa do médico que integra seu corpo plantonista. A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção do STJ sedimentou que **a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles laboram, é subjetiva**, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Por outro lado, se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição – não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.⁴¹

E o mesmo entendimento é confirmado no recurso extraordinário de nº 1.733.387:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA REALIZADA POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PROCEDIMENTO CONTRATADO ERA APENAS DE RETIRADA DE FIMOSE. HOSPITAL E OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CONFIGURADA. QUANTO AO MÉRITO INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O HOSPITAL. CONTRATAÇÃO PARTICULAR DA CIRURGIA SEM VÍNCULO COM O PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EXCLUSIVA DO MÉDICO CIRURGIÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. EXORBITÂNCIA OU IRRISORIEDADE. NÃO VERIFICADAS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO.

⁴⁰ BRASIL. **Resolução nº 1.246**, de 1988. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.579.954**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < www.stj.jus.br >. Acesso em: 05 dez. 2018

1. Ação ajuizada em 08/03/05. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 09/08/17. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal consiste em definir: i) a legitimidade passiva para a causa de hospital e operadora de plano de saúde; ii) a configuração de dano material e moral indenizável; iii) os limites da responsabilidade do hospital, da operadora e do médico, em razão de erro médico na cirurgia de paciente; iv) a revisão do valor da compensação por danos morais no particular.
3. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por paciente que se submeteu à cirurgia de retirada de fimose, mas foi surpreendido durante sua execução com a equivocada cirurgia de vasectomia.
4. As condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva "ad causam", os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor.
5. A responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no art. 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia).
- 6. Se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição - não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.**
7. Ausente vínculo entre o profissional causador do dano e a operadora de plano de saúde, em razão da contratação em caráter exclusivamente particular, não se pode imputar a esta a responsabilidade pelo ilícito para o qual não contribuiu de nenhuma maneira.
8. A argumentação tecida pelo médico-recorrente de inexistência de dano ao paciente - inclusive destacando trechos do laudo pericial que, em tese, amparam sua pretensão - encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram os danos de ordem material e moral, decorrentes do erro médico na realização da cirurgia contratada.
9. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificadas na hipótese concreta.
10. Recurso especial interposto pelo médico e pelo paciente conhecido e não provido. Recurso especial interposto pelo hospital e pela operadora de plano de saúde conhecido e provido.

4.3 Responsabilidade do hospital por falha em serviços hospitalares

Haverá, por último, uma responsabilidade objetiva dos hospitais, no que diz respeito aos atos dos seus funcionários em geral (exceto o médico), em razão da incidência do art. 933 do Código Civil que responsabiliza o empregador pelos atos do seu empregado, serviçal ou preposto, ainda que não haja culpa das partes, de acordo com a teoria do risco profissional.

Destarte, os atos cometidos pelos seus diretores, atendentes, recepcionistas e funcionários de qualquer área, terá por responsável o próprio hospital sem que seja necessária a verificação da culpa, como ocorre com o erro decorrente de ato médico.

Para melhor entendimento, faz-se necessário aprofundar o estudo sobre a teoria do risco.

4.3.1 Teoria do risco

A teoria do risco é aquela que respalda a responsabilidade objetiva (sem verificação de culpa) do hospital pelos atos dos seus funcionários ou pelo defeito na prestação do serviço de caráter hospitalar.

Dentro da teoria referida há, ainda, três modalidades:

1. *A teoria do risco integral.* Para essa teoria, não há preocupação com os elementos pessoais que envolvem o caso; sendo assim, há a responsabilização do dano, ainda que a própria vítima tenha dado causa para a situação (culpa exclusiva da vítima) ou num evento de caso fortuito ou força maior. O art. 246 do Código Civil, por exemplo, consagra o risco integral quanto à obrigação de dar coisa incerta, ainda que em situação de caso fortuito ou força maior.

A teoria também é aplicada à responsabilidade civil por dano ambiental, tendo por maior fundamento o nexo causal que possibilita a integração do risco à ação, não sendo permitido que a empresa envolvida com o dano tenha a sua obrigação afastada por uma excludente da responsabilidade civil. Confirma tal entendimento, o teor da ementa do recurso especial de nº 1.644.195:

CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROPTER REM. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DE DANO AMBIENTAL. REPOSIÇÃO FLORESTAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ÔBICE DAS SÚMULAS 284/STF e 182/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrente para esquivar-se de reparar dano ambiental advindo de

obrigação propter rem. Aduz prescrição para retirar a averbação da obrigação ambiental do registro de imóveis antes de proceder ao reflorestamento. O recurso visa à anulação do acórdão a quo, alegando a necessidade de enfrentamento de questão que não teria sido julgada.

2. Corretamente, o Tribunal de origem afirma que a jurisprudência do STJ primeiro reconhece a imprescritibilidade da pretensão reparatória de dano ao meio ambiente, e, segundo, atribui, sob o influxo da teoria do risco integral, natureza objetiva, solidária e propter rem à responsabilidade civil ambiental, considerando irrelevante, portanto, qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação.⁴²

2. A *teoria do risco criado*. Essa teoria estabelece que toda atividade (econômica ou não) é geradora de riscos. Assim, todo aquele que exercer a atividade geradora de riscos, estará assumindo-o e será obrigado a repará-lo.

A responsabilidade passa a ser resultado de qualquer ato potencialmente danoso, exceto em caso fortuito ou força maior. Algo bastante perigoso, pois muitas atividades desenvolvidas em sociedade são consideradas como de risco, como, por exemplo, o ato de dirigir um automóvel. De acordo com a teoria citada todo aquele que causasse um dano, praticando a direção de um veículo, estaria obrigado a repará-lo independentemente de culpa, pelo entendimento de assumir o risco, apenas no momento em que realiza a prática⁴³.

3. A *teoria do risco proveito*. Essa teoria é uma restrição à teoria do risco criado. Estabelece que aquele que se beneficia economicamente do fato indutor do dano tem a obrigação de repará-lo. Imputa-se a obrigação de indenizar àquele que conhece, domina e possui lucro sobre a fonte de origem do risco, devendo responder pelas consequências da sua atividade⁴⁴.

É nessa teoria que se baseia a responsabilidade objetiva nos negócios de natureza de transporte e de trabalho, por exemplo, que são os mais comuns; bem como no âmbito das relações de consumo. Dessa forma, a obrigação do hospital também é consagrada à luz dessa teoria.

A teoria do risco como cláusula da responsabilidade foi consagrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil que narra:

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.644.195**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < www.stj.jus.br >. Acesso em: 05 dez. 2018

⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula Geral de Risco e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores**, 2011. p. 359

⁴⁴ Ibidem, p. 360.

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**⁴⁵.

Na responsabilidade do hospital incide a última teoria citada, logo, o termo “a atividade normalmente desenvolvida” é entendido como a atividade em que há proveito econômico por parte daquele que se torna obrigado a reparar o dano decorrente.

Assim, diante de danos causados por seus funcionários (com exceção do profissional médico, como já foi explanado) ou por falha no serviço exclusivamente hospitalar, o hospital será responsável de maneira objetiva pela reparação do dano; bastando a vítima, como autora do processo, provar o fato, o dano e o nexos causal, não havendo necessidade de demonstrar culpa por parte daquele que o causou. Explana a decisão do agravo nº 1.253.588:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese.

3. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.

4. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso, o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

5. No caso em apreço, comprovada a falha no diagnóstico médico e no tratamento da enfermidade da agravada, **o agravante responderá objetivamente pelos danos resultantes**, na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo **da realização de exames e do tempo de internação** alegadamente desnecessários⁴⁶.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 jan. 2002. Código Civil. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.253.588**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

Por fim, é importante ressaltar que o hospital só será eximido da responsabilidade pelo dano decorrente dos seus funcionários, ou pela falha dos seus serviços hospitalares, quando for afastado o nexo causal entre o dano e a conduta. Isso ocorrerá quando comprovada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

Em contrapartida, quando existir a culpa concorrente ou a culpa comum – que acontece quando há a responsabilidade de ambos, hospital e vítima, poderá existir a atenuação da responsabilidade, alterando a extensão da obrigação de reparar, mas jamais a afastando.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final deste trabalho com o entendimento de que o objetivo traçado inicialmente foi atingido, isto é, a definição da responsabilidade civil do hospital particular diante do erro médico cometido.

Como visto, nas demandas judiciais por erro médico, todo paciente prejudicado pelo ocorrido acaba dispondo o médico e o hospital no campo passivo do processo, desconhecendo, assim, a diferença entre a responsabilidade solidária de ambos (quando esta, de fato, ocorre) e a responsabilidade que recai individualmente sobre aqueles.

Da pesquisa realizada infere-se que o médico, ao cometer algum erro, causa danos, em regra, à saúde e ao bem-estar do paciente. Logo, este, enquanto vítima, busca o judiciário com o objetivo de reparação ou de, pelo menos, compensação do dano decorrente da ação ou omissão médica.

Conforme analisado, o hospital é um elemento organizador de serviços médicos e/ou hospitalares e, por sua vez, possui natureza de empresa. Assim, foi entendido que a relação existente entre o hospital e o paciente é de caráter contratual, tendo por objeto do contrato a prestação de serviço – médico (relacionado aos cuidados, atendimentos, diagnósticos e ação de toda a equipe de profissionais da saúde) e/ou hospitalar (fornecimento de hospedagem, alimentação, higiene, etc.).

A partir da pesquisa realizada, foi possível encontrar a possibilidade de três situações fáticas que ensejam consequências diversas.

A primeira trata-se da responsabilidade subjetiva pelos danos decorrentes de um erro do profissional médico que é do membro do corpo clínico do hospital. Como visto, o médico, em razão da natureza da sua atividade desenvolvida (de caráter intelectual e ausente de subordinação), é enquadrado como profissional liberal. Logo, é parte da exceção disposta no parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que a responsabilidade dos profissionais referidos será, necessariamente, subjetiva.

Bem de ver que a restrição própria do médico também é estendida ao hospital, que passa a ter a sua responsabilidade, portanto, condicionada à comprovação de culpa.

A segunda situação analisada diz respeito ao dano em decorrência da falha no serviço do médico que não tem nenhum vínculo de emprego ou preposição com o hospital, ficando o estabelecimento, neste caso, desobrigado do dever de reparação.

E, por fim, foi demonstrada a terceira possibilidade de responsabilidade do nosocômio. O hospital, enquanto empresa, também possui outros funcionários no desenvolvimento dos seus serviços. Assim, quando ocorrido algum dano por erro de outro profissional do estabelecimento – que não o médico – o hospital responderá de forma objetiva (ou seja, independentemente da comprovação de culpa) pela reparação do dano causado.

Isso porque, conforme abordado, recairá sobre ele a responsabilidade do empregador pelos atos dos seus empregados, podendo o hospital solicitar àquele o ressarcimento do valor que tenha perdido em função de um ato ou omissão por parte deste último.

A partir desse mesmo entendimento, também haverá a responsabilidade objetiva do estabelecimento em razão do dano ter sido decorrente do serviço meramente hospitalar (de uma falha num aparelho sem manutenção, por exemplo; ou num exame trocado durante a sua análise) – justificada pela teoria do risco proveito. Foi entendido, a partir dessa teoria, que a atividade desenvolvida com objetivo econômico obriga o agente a ressarcir os danos causados pelo risco que a própria atividade, essencialmente, proporciona.

Nesse diapasão, foi ressaltado também que a responsabilidade objetiva do hospital (quando por um ato de seus empregados – exceto o médico - ou na prestação dos seus serviços hospitalares) só é afastada em exemplos de caso fortuito ou de força maior.

Conclui-se, portanto, que a partir das premissas do ato ou da omissão que causaram o dano, é possível analisar a responsabilidade que o hospital terá diante do caso. Sendo essa objetiva, no que tange aos danos decorrentes dos atos dos seus funcionários em geral e/ou dos seus serviços puramente hospitalares; e subjetiva quanto ao erro dos profissionais médicos empregados do nosocômio. De outro lado, inexistindo responsabilidade do estabelecimento quanto aos danos por decorrência de atos dos profissionais médicos sem vínculo empregatício ou de preposição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2012. Código de Direito Civil. Diário Oficial da união, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da união, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. **Resolução nº 1.246**, de 1998. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.cirurgiadamao.org.br/_arquivo/cdpe/codigo_etica_novo.pdf>. Acesso em: 18 de out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.253.588**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.579.954**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.644.195**. Relator: Ministro Herman Benjamin.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 228.199**. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 351178**. Relator: Ministro Massami Uyeda.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 774.963**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. nº 1.540.580**. Relator: Ministro Lázaro Guimarães.

CAVALCANTE, Christiane. **A responsabilidade civil dos hospitais privados**. 2007. 283 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7854/1/Christiane%20Cavalcante.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 29. ed. Saraiva, 2015.

FERLA, Irinéia Vettorazzi. **Responsabilidade civil médico-hospitalar por danos a pacientes**. 2015. 96 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Univates, Lajeado, 2015. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/881/1/2015IrineiaVettorazziFerla.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraivajur, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIDI, Clarissa Rocha. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas estéticas**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18595>. Acesso em: 12 nov. 2018.

MACIEL, Alexandre Dias. **Direito à reparação dos danos no Código de Defesa do Consumidor**. 2015. Disponível em: <<https://alexdiasmaciel.jusbrasil.com.br/artigos/306159203/direito-a-reparacao-dos-danos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula Geral de Risco e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores**, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: Doutrina, jurisprudência e prática**. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.