



UNISUL

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
VALCENIR FARIAS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR ERRO
DE MÉDICOS SEM VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO**

Florianópolis

2013

VALCENIR FARIAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR ERRO
DE MÉDICOS SEM VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Regis Schneider Ardenghi, Msc.

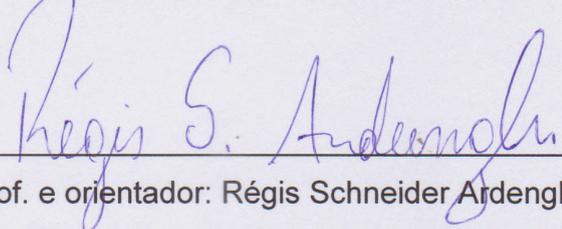
Florianópolis
2013

VALCENIR FARIAS

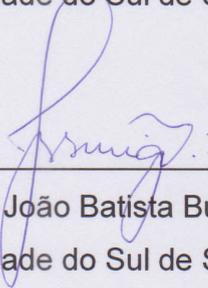
**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR
ERRO DE MÉDICOS SEM VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

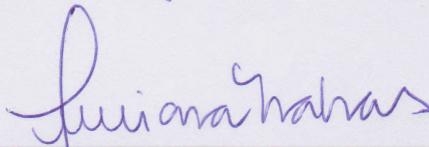
Florianópolis, 27 de novembro de 2013.



Prof. e orientador: Régis Schneider Ardenghi, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof.: João Batista Búrigo, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof.: Luciana Faisca Nahas, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

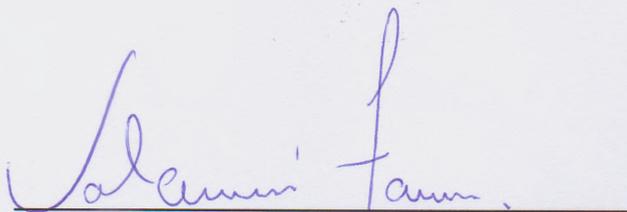
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR ERRO DE MÉDICOS SEM VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 06 de novembro de 2013.



VALCENIR FARIAS

Dedico este trabalho à minha esposa Renata, quem tanto amo, por toda força e compreensão dadas, me incentivando principalmente nos momentos mais difíceis, não me deixando desistir ao longo dessa jornada.

Sem o seu apoio, nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à minha esposa Renata, pelo seu apoio incondicional desde o início dessa jornada, não me deixando sucumbir nos momentos mais difíceis.

Ao meu filho Pedro e à minha cunhada Gabriela, que nos momentos mais complicados, cederam espaço e tempo para que fosse possível essa minha caminhada.

À minha filha Maria Luisa, que apesar de ter apenas três anos, me ajudou servindo como fonte de inspiração.

Aos meus pais, pelo amor e carinho dados ao longo de toda minha vida, sendo responsáveis, principalmente, pela formação do meu caráter.

Ao Professor Msc. Regis Schneider Ardenghi pelo excelente trabalho de orientação, e pela compreensão dispensada a mim, que possibilitaram a realização do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

A todos os colegas e amigos de classe, em particular José e Nack, que sempre estiveram prontos a me ajudar quando precisei.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para o meu sucesso nesse desafio, sendo inviável enumera-las.

“Quando penso que cheguei ao meu limite, descobro que tenho forças para ir além”. (Ayrton Senna)

RESUMO

O avanço tecnológico e científico ocorridos nos últimos tempos em todas as áreas atingiu com intensidade a medicina. Isso transformou o paradigma dos profissionais médicos que, diante dos novos processos, mudaram também o seu relacionamento jurídico com seus pacientes, que passaram a ser mais exigentes, e com as instituições hospitalares, criando diferentes tipos de vínculos. Essa forma de vínculo estabelecida, com ou sem caráter de preposição ou subordinação, tem sido fator preponderante no que diz respeito à aplicação ou não da responsabilidade civil às partes, em casos de erro médico. Importa também, na modalidade, subjetiva ou objetiva, cabível, apesar de haver entendimentos que ignoram a relevância desse aspecto. Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a interferência do tipo de vínculo mantido entre o profissional e o hospital, no que tange os aspectos relevantes de responsabilização da instituição por erro do médico. Para isso, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se de uma análise geral da responsabilidade civil no Código Civil, focando nos seus reflexos na relação jurídica médico hospitalar e, por fim, aborda-se a responsabilidade civil dos hospitais, apontando-se alguns julgados dos tribunais da região sul do Brasil e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Objetiva. Responsabilidade Civil Subjetiva. Médico. Hospital. Preposição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	12
2.2 CONCEITO.....	13
2.3 ELEMENTOS.....	14
2.3.1 Conduta Humana.....	15
2.3.2 Dano.....	17
2.3.3 Nexo Causal.....	18
2.3.4 Culpa.....	20
2.4 CLASSIFICAÇÃO.....	21
2.4.1 Responsabilidade Civil Subjetiva.....	21
2.4.2 Responsabilidade Civil Objetiva.....	22
2.4.3 Responsabilidade Civil Contratual.....	24
2.4.4 Responsabilidade Civil Extracontratual.....	24
2.4.5 Responsabilidade Civil Solidária e Subsidiária.....	26
2.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	27
3 RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO HOSPITALAR	33
3.1 DEVERES DO MÉDICO.....	33
3.2 CONSENTIMENTO INFORMADO OU CONSENTIMENTO ESCLARECIDO.....	38
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	42
3.4 RELAÇÃO MÉDICO - PACIENTE.....	45
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR ERRO MÉDICO	48
4.1 TIPOS DE RELACIONAMENTOS ENTRE MÉDICOS E INSTITUIÇÕES HOSPITALARES E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	48
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS.....	50
4.3 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	54
4.4 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....	57

4.5 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	59
4.6 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	61
5 CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um tema intensamente discutido no âmbito do direito atual, e vem tendo uma ênfase ainda maior na área médica, por envolver muitas questões peculiares a esta atividade, diante dos novos processos e paradigmas criados nesse contexto, provocado pela evolução tecnológica.

O novo cenário apresenta-se com um alto custo de manutenção e atualização de uma estrutura hospitalar, decorrente do avanço tecnológico ora citado, potencializado na medicina nos últimos anos.

Além disso, a grande concorrência de mercado entre os profissionais dessa área, dissipando a clientela por vários estabelecimentos, torna-se cada vez mais inviável o médico ter sua própria estrutura para realizar os tratamentos e procedimentos cirúrgicos em seus pacientes.

Com isso, os profissionais médicos autônomos se obrigam a credenciar-se a uma instituição já constituída, com estrutura técnica, administrativa e quadro societário já definidos, utilizando essa instalação para internar ou tratar seus pacientes particulares, de acordo com a conveniência dele próprio, e de seu paciente.

Esse credenciamento pode ocorrer por meio de várias formas de vínculos entre o médico e o hospital, sendo que para cada escolha, terá reflexos diferentes no âmbito da responsabilidade civil, representando às vezes um divisor de águas no que tange a legitimidade passiva de cada um, bem como no tipo de responsabilidade atribuída a ser-lhes aplicada.

O presente estudo tem como objetivo geral, diante da importância do tema, analisar a responsabilidade atribuída às instituições hospitalares por erro de médicos, considerando as diferentes formas de vínculo entre aquela e o profissional, e para isso, foi dividido em cinco capítulos, como se passa a verificar.

O capítulo inaugural, sendo o presente, trata-se da introdução, onde serão abordados aspectos de contextualização do tema na atualidade, destacando a importância do estudo a ser realizado, a estrutura em que será dividido o assunto e a metodologia aplicada.

No segundo capítulo, dar-se-á início ao desenvolvimento propriamente dito do trabalho, tratando dos aspectos gerais da responsabilidade civil, como o seu conceito, elementos, classificação, e suas excludentes.

O terceiro capítulo será composto dos deveres gerais do médico no atendimento ao paciente, trazendo algumas formalidades prescritas pelo Conselho Federal de Medicina, para o bom encaminhamento dessa relação segundo os padrões normais da atividade.

No último capítulo do desenvolvimento, o quarto da estrutura geral do trabalho, pretende-se mostrar alguns posicionamentos dos Tribunais de Justiça dos estados da região sul do país, bem como do Superior Tribunal de Justiça, acerca da matéria aqui discutida.

Por fim, no quinto e último capítulo, o estudo será finalizado com a conclusão alcançada após toda análise, onde serão emitidas algumas opiniões, sem pretender, todavia, esgotar o tema, diante de tanta complexidade.

A metodologia utilizada é o método dedutivo que parte de uma lei geral até sua especificidade, e o tipo de pesquisa básica, tendo em vista o delimitador teórico apresentado pelos objetivos gerais.

A pesquisa tem caráter exploratório, pois os estudos serão baseados na legislação, doutrinas, internet, artigos científicos, além de monografias realizadas sobre o tema. Utiliza-se, também a técnica bibliográfica, por fundar-se em estudo de textos já elaborados, bem como documental devido à análise de alguns contratos e regulamentos que permearão o presente estudo.

Diante da controvérsia que permeia o assunto objeto desta pesquisa, será traçado um comparativo entre os posicionamentos divergentes sobre a matéria, com a finalidade de expor as correntes doutrinárias que predominam na atualidade.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil representa, hoje, uma das mais importantes áreas do direito, dada a evolução da humanidade e dos processos inseridos nesse contexto. Neste sentido, Diniz (2007, p. 3) aduz:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana.

Com o aumento da complexidade nos paradigmas da sociedade atual, mais abrangentes também ficam as relações entre os indivíduos que a compõem, exigindo uma adaptação eficaz do ordenamento jurídico brasileiro acerca dessa matéria, pois “[...] de fato, toda atuação do homem invade ou, ao menos, tangencia, o campo da responsabilidade”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 1).

O Direito, principalmente na esfera da responsabilidade civil, busca oferecer segurança jurídica a essas relações, de modo a garantir a ordem e o equilíbrio sociais e econômicos, justificando o interesse deste trabalho.

Diante disso, neste capítulo serão discutidos os aspectos gerais da responsabilidade civil, seu conceito, os elementos que a compõem, sua classificação, bem como suas excludentes, de acordo com a natureza jurídica de cada situação, com base nos principais autores que tratam do tema.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Em todas as sociedades históricas, a responsabilidade civil se faz presente, mesmo que aplicada de forma adversa ao contexto atual, valendo-se da autotutela indiscriminadamente, sem muitos critérios de justiça. Diniz (2007, p. 10) enfatiza que “[...] historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.

Daqueles tempos até os dias de hoje, ela evoluiu, passando por várias etapas, sendo, talvez, a mais importante, a edição da *Lex Aquilia*, introduzindo a culpabilidade no sentido da reparação do dano pelo autor do ato lesivo, e que para Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 10) era “[...] constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.”

Assim, atingiu a forma e importância dos tempos atuais, definindo mais claramente sua aplicação e a sua abrangência. Neste sentido, Diniz (2007, p. 13) ressalta que:

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Após uma breve tomada dos aspectos gerais da responsabilidade civil, tratar-se-á, na seção seguinte, o seu conceito.

2.2 CONCEITO

Inicialmente, vale destacar que por tratar-se de uma questão muito ampla e abrangente, o conceito de responsabilidade civil torna-se dificultoso e segundo Diniz (2007, p. 33), “[...] grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil.”

Diante disso, parte-se da origem da palavra responsabilidade, que é “do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituindo garantidor de algo.” (DINIZ, 2007, p. 33).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 10) concluem que:

[...] a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

No mesmo viés, Coelho (2005, p. 252) ensina que “[...] a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado por este último.”

Analisando-se simplesmente a origem da palavra responsabilidade, não alcança-se o seu sentido completo no âmbito jurídico, pois só estaria atingido por possível dever de reparação quem descumprisse alguma norma ou dever. Atualmente, essa abrangência ampliou-se, descartando-se em alguns casos a necessidade de culpa, ou de ser o autor do ato danoso o responsável, pois:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p. 37).

Amplia-se um pouco mais o entendimento com os ensinamentos de Cavalieri Filho (2012, p. 2), ao afirmar que “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”, ou seja, a responsabilidade civil é um dever sucessivo, derivado de um dever originário, qual seja, a obrigação.

De acordo com o mesmo autor, “[...] assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 3).

Cabe ressaltar, porém, que não pode se confundir responsabilidade civil com indenizações pactuadas nos contratos, pois:

[...] indenizar danos, portanto, nem sempre é responsabilidade civil, nem sempre é obrigação não negocial. Ao contrário, pode ser decorrência do estabelecido em cláusula de contrato negociado entre o devedor e o credor da indenização. (COELHO, 2005, p. 252).

Com as questões pertinentes ao conceito da responsabilidade civil postas, discute-se, na seção seguinte, os elementos que a compõem, procurando facilitar a compreensão da sua aplicabilidade.

2.3 ELEMENTOS

Apesar de Diniz (2007, p. 36) afirmar que, “bastante difícil é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande imprecisão doutrinária a respeito”, serão abordados nessa seção, com o intuito de contextualizar a matéria para os tópicos seguintes.

No atual Código Civil brasileiro, mais especificamente em seu artigo 186, encontra-se o balizamento legal da responsabilidade civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 23):

Analisando este dispositivo – mais preciso do que o correspondente da lei anterior, que não fazia expressa menção ao dano moral – podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade.

Assim, diante da complexidade apresentada acerca dos elementos que compõem a responsabilidade civil, passa-se a estudá-los individualmente, no intuito de elucidar as possíveis imprecisões apresentadas pelas doutrinas.

2.3.1 Conduta Humana

Inicialmente, cabe salientar que um fato natural não gera responsabilidade civil, pois, segundo os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 27), “apenas o homem [...], por si só ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado”.

A conduta humana nada mais é do que a ação do homem vivendo em sociedade, e para que tenha os efeitos jurídicos da responsabilidade civil, precisa necessariamente estar acompanhada da consciência do ato em si, e não necessariamente da ilicitude dele, pois “[...] o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 27).

Nas palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 25):

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.

Alguns autores preferem tratar a conduta humana como ação, e neste sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 24) alerta que “[...] preferimos, todavia, tratar o termo “conduta”, porque abrange as duas formas de exteriorização da atividade humana. Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão”.

Para Coelho (2005, p. 303), “[...] o ato característico ilícito pode ser comissivo (um fazer) ou omissivo (um não fazer)”.

Diniz (2007, p. 38), que traduz a conduta humana como ação, amplia a responsabilidade para além do agente:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados.

O comportamento do agente será comissivo quando ele praticar um ato vedado por lei ou contrato, e omissivo quando tinha, por questões legais, o dever de agir e não o fez. Voluntário, no sentido de ser o ato controlável pela sua vontade, agindo sem coação e com consciência. Ilícito quando for atrelado à culpa, e lícito quando fundar-se no risco intrínseco daquele ato. (DINIZ, 2007, p. 39).

Cavalieri Filho (2012, p. 26) complementa, exemplificado com os artigos 932, III¹, 937² e 938³:

De regra, só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria [...]. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

Neste sentido:

¹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

² Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

³ Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

O civilmente responsável pelo ato poderá ser a própria pessoa física que o praticou, outra pessoa física [...], uma pessoa jurídica ou mesmo um ente despersonalizado em nome dos quais se considera praticado o ato humano. (COELHO, 2005, p. 303).

Quando tratar-se das espécies de responsabilidades mais a frente, aprofundar-se-ão as questões relativas às responsabilidades baseadas na culpa (subjéctiva) e no risco (objectiva).

2.3.2 Dano

O dano é requisito para a responsabilidade civil por uma questão de lógica. E segundo Diniz (2007, p. 59), “[...] isto é assim, porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar”.

Reforça, ainda, que “[...] não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”. (DINIZ, 2007, P60).

No mesmo alinhamento, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 35, grifo do autor) estabelecem que “[...] é indispensável a existência de *dano* ou *prejuízo* para a configuração da responsabilidade civil”. Pois “[...] sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade”.

Exaurindo a importância deste elemento:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 76).

Diante do já mencionado, “[...] poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo *a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não - , causado por ação ou omissão do sujeito infrator.*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 36, grifo do autor).

Percebe-se a novidade da expressão “patrimonial ou não”, que foi trazida pelo código civil de 2002, ampliando a possibilidade da responsabilização também por dano moral, conforme consta do artigo 186 daquele ordenamento, deixando o dano de ser necessariamente material. Neste sentido, “[...] o dano pode ser definido

como lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. (DINIZ, 2007, p. 62).

Assim, “[...] em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Cabe ainda ressaltar que o dano pode ser direto quando surgir como consequência imediata do fato lesivo; e indireto quando derivar de uma perda mediata ou repercussão deste fato. (DINIZ, 2007, p. 64).

Por fim, alguns doutrinadores cogitam o dano gerado a pessoas vinculadas ao sofredor do ato, e pelo seu vínculo são passivas indiretamente do dano. A esse respeito, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 45) citam que “trata-se do dano reflexo ou em ricochete, cujo estudo desenvolveu-se largamente no Direito Francês. Conceitualmente, consiste no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita”.

Realizada uma sucinta análise acerca do elemento dano, passa-se ao estudo do nexu causal.

2.3.3 Nexu Causal

Outro requisito indispensável, o nexu causal, se faz necessário para que haja responsabilização. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 49), “[...] em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado deste ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”.

Complementam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 85), ao ressaltarem que “[...] assim como no Direito Penal, a investigação deste nexu que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica deste último”.

Assim, nexu causal “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Conforme ensina Diniz (2007, p. 107), “[...] tal nexu representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa”.

Quando o dano é conseqüência de unicamente um ato, o nexó causal fica facilmente identificável, mas quando decorre de atos sucessivos, causalidades múltiplas, a questão torna-se complexa. Neste contexto, surgem teorias que visam solucionar os problemas. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50).

Dentre as teorias, destacam-se duas, devido as suas importâncias. A primeira é a Teoria da equivalência dos antecedentes, que vislumbra a equiparação de relevância das condições concorrentes para o resultado danoso, onde “não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

Para Cavalieri Filho (2012, p. 51), “[...] critica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexó causal”.

A segunda teoria, chamada de Teoria da causalidade adequada, diferencia a importância das condições que concorreram para o resultado, selecionando somente aquela que mais contribui, desprezando as outras. Para Cavalieri Filho (2012, p. 52), “a idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano [...]”.

Ainda acerca deste entendimento:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerada causa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 90).

Com isso, esta teoria atribui um alto grau de discricionariedade ao órgão julgador do caso em concreto.

Mister saber que, no ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se no artigo 403⁴ do Código Civil, no que tange à responsabilidade civil, a segunda teoria foi a acolhida, conforme a maioria dos doutrinadores pátrios, pois “[...] com base neste dispositivo, boa parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata acabou positivada [...]” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 54).

⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 92) complementam que “[...] respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada, por se afigurar, aos olhos destes juristas, a mais satisfatória para a responsabilidade civil”.

Definidos os elementos da responsabilidade civil incontroversos na doutrina, estuda-se, no próximo tópico, a culpa que é considerado elemento accidental.

2.3.4 Culpa

Inicialmente, cabe destacar a diferença entre a ação culposa e a ação dolosa, pois, para Cavalieri Filho (2012, p. 32):

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

Completa Diniz (2007, p. 41) ao dizer que: “O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência”.

Com isso, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 123, grifo do autor) conceituam:

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Para Coelho (2005, p. 257), ainda em relação aos requisitos da culpa, “foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido”.

Cabe ressaltar que a doutrina não é unânime ao contemplar a culpa como mais um elemento da responsabilidade civil, e neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 25) afirmam que:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade [...].

Superados os elementos inerentes à responsabilidade civil, abordar-se-á no próximo tópico, suas espécies jurídicas, atendo-se apenas às categorias que dizem respeito à finalidade deste trabalho.

2.4 CLASSIFICAÇÃO

De acordo com a característica do ato jurídico praticado que gerou um dano a outrem, ou de quem o praticou, há espécies de responsabilidade civil diferentes, que serão tratadas a seguir.

Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 15):

A responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Passa-se àquelas que são pertinentes ao tema ora proposto.

2.4.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade derivada da culpa em sentido *lato sensu* é a regra no direito civil brasileiro, e até o advento do código civil de 2002 era a única maneira para gerar algum tipo de responsabilização. Cavalieri Filho (2007, p. 23), confirma “[...] que o código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva”.

Contrapondo, Gonçalves (2012, p. 49) ressalta que:

O código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que regeu o dolo e a culpa como fundamento para a obrigação de reparar o dano.

Cavaliere Filho (2012, p. 32) explica que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado”.

Cavaliere Filho (2012, p. 17), atrela a culpa à responsabilidade civil subjetiva, ao mencionar que:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Assim, a responsabilidade subjetiva é aquela que necessariamente depende da comprovação da culpa do agente do ato lesivo. Culpa esta, no sentido amplo, abrangendo o dolo. Neste sentido, Diniz (2007, p. 129) afirma que é aquela “fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2012, p. 48).

Resumidamente, Coelho (2005, p. 256) ensina que “no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação”.

2.4.2 Responsabilidade Civil Objetiva

Ao contrário da espécie tratada no tópico anterior, a responsabilidade civil objetiva é aquela caracterizada pela desobrigação da comprovação da culpa ou dolo. Neste sentido, Gonçalves (2012, p. 48) apresenta que “quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade”.

O seu surgimento decorre do grande avanço tecnológico ocorrido, principalmente no século XX, mudando o paradigma social, devido aos novos meios de produção, que por sua natureza oferecem maior risco, devendo assim a lei

contemplar a responsabilidade de quem explorar economicamente tais atividades. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 136).

Define-se, pelo o exposto acima, o que se chama de A Teoria do Risco, que é um dos baluartes dessa espécie de responsabilidade, e para Gonçalves (2012, p. 49):

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Este conceito é muito abrangente, pois não delimita quais atividades criam risco que gerariam a obrigação de reparar, “mas pode-se adotar, em face da teoria do risco criado, o critério do risco inerente como elemento orientador”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 189).

Assim, “enquanto a responsabilidade com culpa foi a regra geral, a responsabilidade objetiva teve que ir sendo admitida aos poucos, apenas nas hipóteses expressas em lei.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 157).

A responsabilidade civil subjetiva é a regra geral do Código Civil brasileiro, mas não obstante, existem dispositivos legais extraídos do ordenamento jurídico pátrio, como os artigos 927, parágrafo único, 929, 930, 933, 936, 937, 938, todos do próprio código, Leis esparsas que regulam atividades laborais, bem como o Código de Defesa do Consumidor, entre outros, que adotam a responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2012, p. 50).

Diniz (2007, p. 128, grifo do autor) pontifica:

[...] *responsabilidade objetiva*, se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens[...]. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexu causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.

Coelho (2005, p. 263) estabelece um aspecto econômico ao menciona que esta espécie de responsabilidade representa uma socialização de custos, concluindo que “não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela”.

2.4.3 Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade contratual é aquela originada por descumprimento de uma obrigação negocial. Segundo Diniz (2007, p. 235, grifo do autor), “A responsabilidade do infrator, havendo liame obrigacional oriundo de contrato ou de declaração unilateral de vontade, designar-se-á *responsabilidade contratual*”.

Nessa espécie de responsabilidade deve-se identificar a presença de alguns requisitos, quais sejam: a obrigação violada, o nexo causal, o prejuízo do credor, e a culpa em sentido amplo, ou seja, culpa em sentido estrito ou dolo. Esta última será dispensada como condição para responsabilização se for convencionado em contrato, ou se o devedor estiver em mora ou tenha como obrigação dar coisa incerta, e se o mandatário, não obstante proibição do mandante, convencionar sua substituição na execução do mandato, salvo se provar que os danos sobreviriam independente do substabelecimento. (DINIZ, 2007, p. 236 - 237).

Pressupõe-se, então, a existência prévia de uma relação jurídica entre o devedor e o credor da indenização, e como leciona Cavalieri Filho (2012, p. 16): “Se preexistir um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, há responsabilidade contratual”.

Constata-se também que:

Em apertada síntese, responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato. É infração de um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305).

O artigo 389 do Código Civil dispõe: “Art. 389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Extrai-se, desse dispositivo, os efeitos jurídicos consequentes da responsabilidade contratual, diferenciando esta modalidade de responsabilidade extracontratual, a despeito de doutrinadores que preferem não distingui-las, mesmo tendo o Código Civil tratado-as em momentos distintos.

2.4.4 Responsabilidade Civil Extracontratual

Nesta espécie de responsabilidade não se tem um vínculo prévio entre o infrator e a pessoa prejudicada, assim, para Gonçalves (2012, p. 44): “Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito”.

A responsabilização nasce, nestes casos, de um preceito legal descumprido ou infringido, e segundo Diniz (2007, p. 506):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, é resultante de violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.

Assim, nota-se que não há nesta modalidade de responsabilidade convenção direta entre as partes, e sim um ordenamento jurídico imposto, ao qual são signatários. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 16, 17) lecionam que: “[...] se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual [...]”.

Cavaliere Filho (2012, p. 17) ressalta que “haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica”.

Neste sentido, Gonçalves (2012, p. 46), ensina que: “Enquanto a contratual tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil”.

Esta responsabilidade é regulada nos artigos 186⁵, 927⁶ e 928 a 954 do Código Civil. Apesar de em regra apresentar-se como subjetiva, pode a responsabilidade extracontratual fundar-se na idéia de risco, caracterizando a responsabilidade objetiva, conforme parágrafo único do artigo 927 da mesma lei. (DINIZ, 2007, p. 505).

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 18), “[...] na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova [...]”.

Passa-se ao estudo das responsabilidades solidária e subsidiária, finalizando a abordagem das espécies de responsabilidade civil.

2.4.5 Responsabilidade Civil Solidária e Subsidiária

A responsabilidade solidária decorre da obrigação solidária, e caracteriza-se por três elementos, sendo o primeiro deles a pluralidade, que é necessidade de se ter múltiplos sujeitos em qualquer um dos pólos da relação jurídica; o segundo é a unidade da prestação, pois quem responder pela obrigação, o fará na sua totalidade; e por fim, a multiplicidade de vínculos, porquanto que existem as relações entre os sujeitos do mesmo pólo, e destes com os integrantes do pólo oposto. (DUQUE, 2009, p. 63).

Assim, para Miranda (2013, grifo do autor) “[...] o conceito de responsabilidade solidária contém que cada parte deve responder pelos atos de outra em igual intensidade e a possibilidade de se exigir de qualquer dos solidários as obrigações de cada um”.

Percebe-se que não há uma hierarquia entre os agentes solidários, podendo ser exigida a obrigação de qualquer um deles, numa ordem que melhor convir para o credor.

O artigo 265⁷ do Código Civil aponta que a solidariedade tem sua origem na lei, constituindo a solidariedade legal, ou na convenção entre as partes, o que gera a solidariedade convencional. Além disso, o dispositivo veda a possibilidade presunção da solidariedade na obrigação.

Já a responsabilidade subsidiária, no aspecto de ordem de cobrança por parte do credor, apresenta uma distinção:

[...] a corresponsabilidade dos interessados diferencia-se porque na solidariedade as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente, enquanto que na subsidiariedade há uma estratificação vertical, que implica o chamamento sucessivo dos responsáveis: primeiro o

⁷ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

principal, depois o subsidiário. É o chamado benefício de ordem. (BRASIL, 2009).

Deste modo, na responsabilidade subsidiária configura-se um reforço de um terceiro ao devedor principal, sendo este o titular da dívida, e aquele o responsável pela mesma.

2.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já visto, para caracterizar o dever de reparação, é necessária a identificação de alguns elementos, sem os quais não há que se falar em responsabilização.

A seguir, serão estudadas, algumas situações previstas em lei ou convencionadas entre as partes que, quando presentes, eximem o agente da obrigação, por destituir o nexos causal ou o ato violador do direito alheio, chamadas de excludentes da responsabilidade civil.

O estado de necessidade é delineado pelas disposições dos artigos 188, II⁸, 929⁹ e 930¹⁰ do Código Civil:

O estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizem outra forma de atuação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 102).

O artigo 188, parágrafo único do Código Civil impõe limites na atuação do agente, para que configure realmente o estado de necessidade, sob pena de responder pelo excesso, pois, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 102), "com isso, quer-se dizer que o agente, atuando em estado de necessidade, não estará isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, para a remoção a situação de perigo".

⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

⁹ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹⁰ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Convém salientar, porém, que o estado de necessidade exclui a ilicitude do ato, não o dever de reparar o dano, como pode-se extrair da afirmação de Gonçalves (2012, p. 459): “Entretanto, embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é lícito, nem por isso libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou”.

Esta situação, apesar do direito de regresso previsto nos artigos 929 e 930 do Código Civil, gera uma certa incoerência no direito brasileiro, e para Gonçalves (2012, p. 460), “a solução dos arts. 929 e 930 não deixa de estar em contradição com o art. 188, II, pois enquanto este considera lícito o ato, aqueles obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente”.

A legítima defesa é contemplada no artigo 188, I do Código Civil:

Art. 188: Não constituem atos ilícitos:
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Deste dispositivo, extrai-se que “se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados”. (GONÇALVES, 2012, p. 462).

Para Cavalieri Filho (2012, p. 20):

O agente se vê em face de agressão injusta, atual ou iminente, de sorte que, se não reagir, sofrerá dano injusto, quando então, a legítima defesa faz lícito o ato, excluindo a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude da repulsa à sua agressão.

Porém, com base no artigo 930, parágrafo único do Código Civil, Gonçalves (2012, p. 462) alerta que: “Entretanto, se por engano ou erro de pontaria, terceira pessoa foi atingida, (ou alguma coisa de valor), neste caso deve o agente reparar o dano. Mas terá ação regressiva contra o agressor, para se ressarcir da importância desembolsada”.

Cabe salientar, também, que a força utilizada na defesa em legítima defesa deve ser proporcional e, neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 104) advertem que “a desnecessidade ou imoderação dos meios de repulsa poderá caracterizar excesso, proibido pelo Direito”.

O exercício regular de um direito é representado pelo ato em conformidade com a lei, que não enseja qualquer responsabilização. Explica Cavalieri Filho (2012, p. 20, grifo do autor) que “*exercício regular de um direito* – o nome já diz – é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa fé e os bons costumes”.

Com fundamento no artigo 187 do Código Civil, alertam Gagliano e Pamplona Filho que:

Por outro lado, se o sujeito extrapola os limites racionais do lícito exercício do seu direito, fala-se em abuso de direito, situação desautorizada pela ordem jurídica, que poderá repercutir inclusive na seara criminal (excesso punível).

Nota-se, por fim, que, por uma questão de lógica, o estrito cumprimento de um dever legal está contido no exercício regular de um direito, tendo em vista ser uma obrigação do agente, prevista em lei.

Como tratado anteriormente, poderá haver responsabilidade sem culpa, mas, jamais, sem nexos causal, pois ninguém pode ser responsabilizado por algo que não tenha dado causa.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 114) afirmam que “a exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil”.

Neste sentido, quando o dano causado for por fato exclusivo da vítima, deixa de existir o elo entre ação e prejuízo, e “a vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não podendo falar em nexo de causalidade entre sua ação e a lesão.” (DINIZ, 2007, p. 110).

Existem algumas situações em que a vítima é culpada apenas parcialmente pelo evento, conforme disposto no artigo 945 do Código Civil. “Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidade, de acordo com o grau de culpa”. (GONÇALVES, 2012, p. 466).

O fato de terceiro é mais uma causa excludente do nexo causal, e quando caracterizado, também exime o autor de responsabilidade, desde que haja exclusividade na sua culpa. Ensina Gonçalves que “quando, no entanto, o ato de

terceiro é a culpa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano”.

Para Diniz (2007, p. 111), o terceiro é:

[...] qualquer pessoa além da vítima ou do agente, de modo que, se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro.

Para ressaltar a necessidade da exclusividade do ato do terceiro para isentar o aparente causador do dano da responsabilidade, Cavalieri Filho (2012, p. 70) diz que “se não obstante o fato do terceiro, a conduta do agente também concorre para o resultado, já não mais haverá a exclusão de causalidade”.

Cabe salientar que em alguns casos a lei e a jurisprudência não admitem essa excludente de responsabilidade, como por exemplo, nas atividades bancária e de transporte. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 70, 71).

Quanto ao caso fortuito ou força maior, inicialmente, cabe salientar que há uma grande divergência doutrinária acerca da diferença conceitual entre caso fortuito e força maior, apesar do parágrafo único do artigo 393 do Código Civil tê-los equiparado. Extrai-se dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 110) que:

Tal afirmação se respalda até mesmo na profunda cizânia doutrinária para tentar definir a diferença entre os dois institutos, havendo quem veja nessa diferença questão “meramente acadêmica”, uma vez que se trata de “sinônimos perfeitos”.

Segundo Gonçalves (2012, p. 475):

O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: motim, greve. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supra transcrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Apesar do esforço da doutrina em distinguir os dois institutos, Diniz (2007, p. 112) demonstra duas características comuns a eles: “Deveras, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se

configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”.

Pode-se ainda destacar um aspecto importante inerente a cada um dos eventos, citados por Cavalieri Filho (2012, p. 71): “A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade o é da força maior”.

Muito questionada, a cláusula de não indenizar não é muito bem aceita no direito brasileiro. Gonçalves (2012, p. 478) destaca que:

Muito se discute a respeito da validade de tal tipo de cláusula. Para alguns, seria uma cláusula imoral, porque contrária ao interesse social [...]. Outros, entretanto, defendem-na, estribados no princípio da autonomia da vontade: as partes são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito.

Na tentativa de se extrair um conceito doutrinário, destacam-se as palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 562):

De todas as definições encontradas na doutrina, a que melhor coloca a questão é aquela que diz ser a cláusula de não indenizar o ajuste que visa a afastar as conseqüências normais de inexecução de uma obrigação; a estipulação através da qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita.

Por representar a cláusula de não indenizar um risco ao adquirente ou contratante, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 120) ressaltam:

Assim, à vista de todo o exposto, poderíamos fixar a premissa de que essa cláusula só deve ser admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à reparação não traduza renúncia da parte economicamente mais fraca.

Neste sentido, os mesmos autores expõem que “não é por outro motivo que o Código de Defesa do Consumidor, a mais bela e revolucionária lei do País, em seu art. 25, veda *cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade civil do fornecedor*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 119, grifo do autor).

Cabe salientar, ainda, que por ser uma convenção entre as partes, “a cláusula é inadmissível na responsabilidade extracontratual porque, ali, as partes nada contratam”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 564).

Abordados os tópicos acerca da responsabilidade civil na sua generalidade, passa-se ao próximo capítulo, que visa contextualizar as relações pertinentes à atividade médica no âmbito jurídico.

3 RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO HOSPITALAR

O meio médico hospitalar é talvez, um dos mais peculiares a ser tratado pelo Direito, porquanto é uma atividade ligada à saúde e à vida, pode-se assim dizer, que é o maior bem jurídico tutelado.

Stoco (2007, p. 551) lembra que:

Na passagem do século XIX o médico era visto como profissional cujo título garantia a onisciência – médico da família, amigo e conselheiro – figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles.

Decorre disso a necessidade cada vez maior de controle e fiscalização da atividade médico hospitalar e de critérios mais objetivos para análise e acompanhamento dessa atividade, possibilitando uma atuação mais eficaz das normas legais.

Diante da importância atribuída, tratar-se-á neste capítulo dos deveres do médico, e sua responsabilidade por descumpri-los.

3.1 DEVERES DO MÉDICO

Toda atividade profissional tem deveres a serem cumpridos no curso de sua execução, por mínimos que sejam. Todavia, na medicina, pelo objeto do serviço oferecido, esses deveres ganham uma importância significativa e, para tanto, são elencadas pelo menos os fundamentais em estatuto próprio¹¹. O descumprimento desses deveres é fator determinante na responsabilização ou não do médico, e na sua graduação.

Diante da complexidade do exercício da medicina, seria inviável elencar todos os deveres do médico, pois “os médicos possuem deveres em todos os momentos de atendimento ao paciente, ou seja, antes, durante e após o tratamento”. (SCHAEFER, 2004, p. 35).

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.931**: código de ética.

O artigo 34¹² do Código de Ética Médica prescreve a obrigação do médico de informar e aconselhar o paciente sobre sua real situação clínica, bem como sobre o tratamento a ser seguido, caso contrário, “[...] o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo seu estado”. (DINIZ, 2007, p. 298).

Stoco (2007, p. 553) acrescenta:

Diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e os inconvenientes da hospitalização ou das diversas técnicas aceitas pela comunidade científica e que podem ser adotadas e, ainda, o esclarecimento quanto aos prognósticos e às circunstâncias do ato cirúrgico ou tratamento.

Tal dever está vinculado ao direito da pessoa de dispor do próprio corpo, e segundo o mesmo autor:

O fundamento jurídico da obrigação de informar encontra-se no direito da pessoa de dispor do seu próprio corpo, enfatizando que as normas jurídicas de alto nível, como a Declaração dos Direitos do Homem e a Convenção Européia dos Direitos do Homem reconhecem esse direito da pessoa sobre o próprio corpo [...]. (STOCO, 2007, p. 553).

O dever de assistência do profissional pode ser extraído do artigo 36¹³ do referido estatuto, e para Schaefer (2004, p. 35), “é imperativo”. Para Diniz (2007, p. 298), “assim, será responsabilizado se não der assistência ao seu cliente ou se negligenciar as visitas, abandonando-o”.

A prudência e diligência nascem da própria natureza da responsabilidade subjetiva atribuída ao médico, preconizada no artigo 14, § 4^o¹⁴ do Código de Defesa do Consumidor, e segundo Camargo (2012, p. 4):

[...] permite concluir que dos médicos é exigida a observância do dever de prudência, diligência e perícia no exercício de sua atividade, de tal sorte que ele não se responsabiliza, em regra, pelo resultado adverso que possa advir ao paciente como decorrência de acidentes ou processos mórbidos cujo

¹² Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

¹³ Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

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

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

controle se situe além do estado da arte e das disponibilidades técnicas e materiais do médico.

França (2010, p. 68) aborda o tema ressaltando que esse “[...] dever obriga o médico a ser diligente, agir com cuidado e atenção, procurando de toda forma evitar danos que venham a ser apontados como negligência ou incúria”.

Para Stoco (2007, p. 552): “[...] o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da profissão, dever esse consubstanciado em um Código que dita o seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação”.

Deve também o médico recomendar o melhor tratamento, explicando inclusive seus detalhes técnicos ao paciente, não permitindo influência de quaisquer outros interesses alheios a boa técnica profissional a ser aplicada ao caso concreto, conforme preconiza o artigo 20¹⁵ do Código de Ética.

Neste sentido, Dantas e Coltri (2011, p. 101) afirmam que:

[...] cabe ao médico – aquele responsável diretamente pelo atendimento ao paciente – impedir que as diretrizes de seu superior hierárquico em qualquer nível, ou seu empregador, público ou privado, interfira na sua escolha.

Cavaliere Filho (2012, p. 411) adverte que:

A falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos do tratamento.

A vigilância é outro quesito necessário para a atividade da medicina, pois:

O médico tem o dever de vigilância não só em relação aos doentes alienados, mas também relativamente aos que, pelo seu estado mórbido, não estejam em condições de se conduzir livremente, podendo até causar dano a si ou, ainda, em relação aos que se tornaram inconscientes pelo efeito da anestesia. (DINIZ, 2007, p. 299).

¹⁵ Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Outro dever do médico é o sigilo que foi contemplado no capítulo IX, todo reservado para esse tema, salvo as exceções previstas no *caput* do artigo 73, ambos do instrumento normativo supracitado, “só em circunstâncias muito especiais o sigilo médico pode ser quebrado: (a) quando ocorrer interesse público; (b) por dever legal e (c) quando existir autorização expressa do doente”. (POLICASTRO, 2009, p. 49)

Assim, para Schaefer (2004, p. 103), “conclui-se que a quebra do sigilo restará sempre liberada quando houver possível prejuízo ao paciente se mantido o segredo ou se houver um interesse social envolvido na revelação”.

Dantas e Coltri (2011, p. 283) lembram que:

A medicina baseia-se na relação de confiança que se estabelece entre o paciente e seu médico. Isso porque, uma vez existente a relação de confiança, o paciente se sente à vontade para fornecer mais informações ao profissional, possibilitando o melhor atendimento. Ademais, há de se salientar que o sigilo é instituído em favor do paciente, revelando um direito, inclusive constitucional, deste em não ver divulgados os fatos que comunicou ao médico em razão da relação de confiança que acredita existir entre eles.

Para Poliscatro (2009, p. 49), “as informações obtidas pelo profissional no desempenho das suas funções, possuem caráter confidencial e devem ser usadas unicamente em benefício do doente”.

O dispositivo legal é claro ao vedar a revelação de fatos conhecidos no exercício da medicina, pois “faz-se mister destacar que, se um médico teve conhecimento de determinado fato em momento em que não estava no exercício de sua profissão, a revelação deste fato não caracteriza infração a este artigo”. (DANTAS; COLTRI, 2011, p. 284).

Cavaliere Filho (2012, p. 410), diz que: “A violação desse segredo, quando não acarreta também danos materiais, ofende o direito à intimidade, um dos sagrados direitos da personalidade”.

A abstenção do abuso ou do desvio de poder também é obrigação no exercício da medicina, não podendo o médico fazer experiências médicas sobre o corpo humano, a menos que seja imprescindível para o tratamento do paciente. Portanto, esta regra não pode ferir a sua liberdade profissional, porquanto esta enseja a evolução e renovação de métodos científicos. (DINIZ, 2007, p. 300).

Conforme ensina França (2010, p. 68):

É necessário também saber se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto descaracterizada de precipitação, de inoportunismo ou de insensatez [...]. Exceder-se em medidas arriscadas e desnecessárias é uma forma de desvio de poder ou de prática de abuso.

O inciso VI¹⁶ do capítulo I do Código de Ética estipula a guarda de absoluto respeito ao ser humano, que é convergente com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Esta é uma responsabilidade sem precedentes, ao ponto de:

Todos os instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, bem como todas as declarações produzidas por organizações representativas da comunidade médica mundial, ressaltam e reforçam a proibição à tortura, ao tratamento desumano ou degradante. (DANTAS; COLTRI, 2011, p. 14)

Martim (2013) ressalta:

[...] que é um dever fundamental do médico guardar absoluto respeito pela vida humana, jamais usando seus conhecimentos técnicos ou científicos para o sofrimento ou extermínio do homem, nem podendo, seja qual for a circunstância, praticar algo que afete a saúde ou a resistência física ou mental de um ser humano, salvo quando se trate de indicações estritamente terapêuticas ou profiláticas em benefício do próprio paciente.

Com o incremento tecnológico percebido, especialmente nos dias de hoje, o aprimoramento contínuo tornou-se um dever inerente a todas as atividades profissionais, e não seria diferente na medicina. Para Schaefer (2004, p. 35), “são deveres do médico: [...] o dever aperfeiçoamento constante, principalmente na área do diagnóstico que passa por transformações constantes devido ao desenvolvimento de novas tecnologias”.

Tal encargo encontra-se normatizado no inciso V¹⁷, capítulo I, do Código de Ética, comentado por Dantas e Coltri (2011, p.14):

A atualização técnica é, portanto, uma questão de sobrevivência, em um mundo onde a especialização é cada vez maior, e o ritmo de produção de conhecimento se torna cada vez mais frenético. Estar ao corrente das novas descobertas, das novas técnicas, deve ser incorporado pelo profissional

¹⁶ VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

¹⁷ V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

médico como um dever ético, não somente para consigo próprio, mas para com sua profissão, em benefício da coletividade.

Nesse viés, França (2010, p. 68) destaca que:

Para o pleno e ideal exercício da profissão médica não se exige apenas uma habilitação legal. Há também de se requerer deste facultativo um aprimoramento continuado, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, no que se referem às técnicas dos exames e dos meios de tratamentos, nas publicações especializadas, nos congressos, cursos de especializações ou estágios em centros e serviços hospitalares de referência.

Como mencionado no início deste tópico, não se pretende neste estudo esgotar todos os deveres médicos, e assim, foram elencados aqueles mais recorrentes na discussão doutrinária, com vistas na relevância destes nas relações jurídicas no âmbito da medicina.

3.2 CONSENTIMENTO INFORMADO OU CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a proteção à liberdade física e psíquica de cada pessoa e, segundo o artigo 5º, inciso II¹⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil, “[...] ninguém pode ser forçado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (POLICASTRO, 2009, p. 43).

Este preceito tem eficácia na atividade médica, pois:

O Código Civil (art. 15¹⁹) e o Código de Ética (atrs. 46²⁰ e 56²¹) vedam ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida. (POLICASTRO, 2009, p. 43).

Este consentimento do paciente caracteriza o instituto aludido neste tópico, e para Kfoury Neto (2010, p. 41):

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

²⁰ É vedado ao médico:

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

²¹ Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.

No mesmo viés, França (2010, p. 74) afirma que: “Entende-se por consentimento livre ou esclarecido aquele obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta, isenta de coação, influência ou indução”.

Neste sentido, Barros Júnior (2001, p. 108) complementa:

Este tipo de consentimento, introduzido principalmente logo após a Segunda Grande Guerra para proteger os Direitos Humanos dos pacientes em estudos experimentais, é o elemento central da relação médico-paciente, sendo resultado de um processo de diálogo mútuo e colaboração, visando a satisfazer a vontade e os valores de cada paciente.

Ressalta, neste sentido, Kfoury Neto (2010, p. 41) que: “A obtenção do consentimento representará o corolário do processo dialógico e de recíprocas informações entre médico e paciente, a fim de que o tratamento possa ter início”.

Estas informações devem, necessariamente, ser repassadas previamente para oportunizar o paciente de uma possível escolha, nos casos que oferecem essa condição. Stoco (2007, p. 553) destaca que:

Outro aspecto importante a ser evidenciado é que a intervenção médica há, sempre, de estar precedida do consentimento do paciente ou de seu responsável [...], salvo, evidentemente, os casos de atendimento de emergência, quando haja risco de vida ou de dano físico irreversível ou quando, durante a intervenção cirúrgica, surge um fato novo, a exigir imediata providência, sem tempo para interrompê-la e consultar os familiares.

Em outras palavras, Diniz (2007, p. 299) ensina:

O médico não poderá forçar o cliente ao tratamento preconizado, devendo obter prévio e esclarecido consentimento dele para aplicá-lo, e, em se tratando de operação, tal necessidade será ainda mais rigorosa, salvo premência do caso, quando não houver tempo para obtê-la.

Faz-se mister saber que tal informação deve ser clara e acessível ao nível de compreensão de quem está consentindo o tratamento, sob pena de perder sua eficácia, pois, segundo Policastro (2009, p. 43 - 44):

Antes de dar o consentimento ou recusar o tratamento, o doente, familiar ou acompanhante, precisa receber, de maneira clara, compatível com seu nível sócio-cultural, as informações adequadas e entender os procedimentos que serão adotados, os benefícios, resultados esperados, riscos, complicações previsíveis e alternativas.

Completa Stoco (2007, p. 593 - 594):

Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois destinam-se a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.

Dantas e Coltri (2022, p. 105) evidenciam que: “Assim, o consentimento do paciente só será válido, ao ponto de permitir o efetivo exercício de sua autonomia, se as informações e os esclarecimentos dados pelo profissional forem adequados”.

Schaefer (2004, p. 79) lembra que:

A autorização nos casos de tratamento conhecido e aceito pela sociedade médica não precisa ser expressa, ou seja, se o paciente se conzira de maneira que seus atos não se mostrem contrários à aceitação da terapêutica indicada, estará ele aceitando tacitamente sua execução.

Em resumo, “Os médicos, repita-se, devem aos pacientes uma informação objetiva, veraz, completa e acessível”. (KFOURI NETO, 2010, p. 44).

O consentimento informado ou consentimento esclarecido pode ser um determinante no que tange à responsabilização do profissional, pois:

Nos dias atuais, as ocorrências associadas ao consentimento informado têm assumido grande importância, no contexto da responsabilidade civil do médico. Não será demais afirmar que, em breve, será esse o ponto central das discussões acerca do tema. (KFOURI NETO, 2010, p. 40 - 41).

Policastro (2009, p. 45) ressalta também que: “O consentimento documentado poderá ser valioso elemento para afastar ou, minimizar os efeitos de acusações passíveis de responsabilizar médicos e hospitais”, pois “Quando o

médico age sem respeitar a autonomia do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção, ao passo que, em se observando a autodeterminação do enfermo, há uma repartição do risco. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 108).

Diante disso, Stoco (2007, p. 594) conclui que:

[...] a responsabilidade médica poderá surgir antes mesmo da intervenção propriamente dita, seja invasiva ou não. Se não houver informação ao paciente ou cliente, ou essa informação foi insuficiente e precária, impedindo-o de autodeterminar-se, poderá surgir a obrigação de reparar, se ocorrer um dano, quase sempre de natureza patrimonial e moral.

Compete frisar, conforme França (2010, p. 76) que:

[...] deve ficar bem claro que a finalidade do consentimento livre e esclarecido tem como proposta a proteção dos interesses do paciente e jamais para ser utilizado como meio de suprimir a responsabilidade ética ou legal do médico.

O artigo 22²², inserido no capítulo IV (Direitos Humanos) do Código de Ética, obriga o médico a obter o consentimento do paciente ou seu representante sobre o procedimento a ser realizado. Mas Barros Júnior (2011, p. 110) ressalta que:

É importante fazer alguns comentários, envolvendo casos especiais nos quais o paciente se apresenta em situações de emergência e, concomitantemente, está impedido de exercer sua autonomia, e o segundo exemplo é o caso de como. Na primeira situação, é absolutamente dispensável o consentimento; na segunda, a família passa a ter papel de extrema relevância do deslinde do caso.

Por seu turno, Cavalieri Filho (2012, p. 413) ensina que: “Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou atuação compulsória”.

Por fim, cabe salientar as palavras de França (2010, p. 74), ao afirmar que:

A compreensão que se tem sobre o consentimento do paciente ou de seus representantes legais é a de que ele representa uma delegação de poderes para aquilo que necessariamente deve ser feito. No entanto, deve ficar bem

²² É vedado ao médico:

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.

evidente que isso não isenta o médico da obrigação de esclarecer seu cliente do maior risco de um tratamento, mostrando as vantagens de uma intervenção ou diligência, mesmo que nos momentos mais cruciais certos esclarecimentos devam ser feitos aos seus parentes.

Analisadas as questões pertinentes ao consentimento informado ou esclarecido, passa-se, no próximo tópico, a estudar a responsabilidade civil do médico.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Os novos processos aplicados na área da medicina geraram reflexos na relação jurídica à que os profissionais médicos são submetidos, principalmente no que diz respeito à responsabilidade civil. Deste modo, Schaefer (2004, p. 17) destaca que:

A responsabilidade civil do médico evoluiu com as técnicas e tecnologias empregadas na Medicina, bem como desenvolve-se de acordo com as legislações vigentes em cada época e sociedade. Desde o início da prática médica, de maneiras diversas, o profissional responde por seus erros e pelas conseqüências deles decorrentes.

A natureza jurídica da responsabilidade dos profissionais liberais é controvertida na doutrina, mas, apesar disso, Diniz (2007, p. 276) ensina que:

Sem embargos dessas opiniões, entendemos que aos profissionais liberais e aos manuais, quer quando se obrigam à realização de uma coisa, como p. ex., o arquiteto, o pintor etc..., quer quando se vinculam à prestação de seus serviços, como p. ex., o advogado, o médico, o dentista, o enfermeiro, se aplicam as noções de obrigação de meio e de resultado, que partem de um contrato. Logo, não poderá deixar de ser contratual a responsabilidade decorrente de infração dessas obrigações.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 205):

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado [...]. Já na obrigação de resultado, o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor.

No que tange à aplicabilidade dessa espécie de obrigação na atividade médica, pode-se extrair dos ensinamentos de Stoco (2007, p. 556) que:

[...] Ora, na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários etc.

Neste contexto, encontra-se a responsabilidade civil médica, e para autor supracitado, “[...] a responsabilidade do médico encontrou previsão, já no direito romano [...]”. (STOCO, 2007, p. 550 - 551).

Caracterizada a obrigação da atividade médica como sendo, em regra, de meio e não de resultado, o profissional só sofrerá qualquer responsabilização se a sua culpa for devidamente comprovada e, nesse viés, Coelho (2005, p. 321) reforça ao dizer que “Adotando com perícia os procedimentos recomendados para o caso do paciente, o médico não responderá se, ao final, mostrarem-se estes insuficientes”.

Portanto, pode-se afirmar que:

São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado. (SCHAEFER, 2004, p. 38)

Neste viés, Stoco (2007, p. 552) lembra que: “A investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido [...]”.

Assim, “note que a obrigação do médico é de meio e não de resultado em função de sua própria natureza, em razão da grande complexidade do funcionamento de organismo humano e dos limites da ciência.” (COELHO, 2005, p. 321).

Cavaliere Filho (2012, p. 403) ressalta que: “Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produzir o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual”.

De forma mais contundente, Coelho (2005, p. 321) revela que “É humanamente impossível, portanto, obrigar o médico pelo resultado”.

Não obstante, “[...] em se tratando de *cirurgia plástica estética*, haverá, segundo melhor doutrina, *obrigação de resultado*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 205, grifo do autor).

Para Stoco (2007, p. 557):

[...] há, sem dúvida, comportamentos na profissão médica que se traduzem como uma obrigação contratual de resultado, como [...] a cirurgia plástica de efeito meramente estético, em que a pessoa busca melhorar a sua aparência, não padecendo de qualquer mal, mas apenas afetada pela vaidade, que é um bem. Nessa e em outras hipóteses o profissional promete, sem dúvida, um resultado e, portanto, assume contratualmente essa obrigação.

Além do vínculo da subjetividade da responsabilidade civil da atividade médica, com o caráter da natureza jurídica da sua obrigação, que é, em regra, de meio, o Código de Defesa do Consumidor também reforça esse posicionamento, ao incluir o médico no rol de profissionais liberais que dependem de comprovação de culpa para serem responsabilizados. Assim, Cavalieri Filho (201, p. 401) relata que: “O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 14, § 4º, estabeleceu como regra a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais prestadores de serviços”.

Gonçalves (2012, p. 258) discorre que:

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Não se pode esquecer que, em algumas situações, o paciente divide a culpa com o médico pelo insucesso do resultado do tratamento, que para Schaefer (2004, p. 73 – 74):

São os casos em que tanto o médico como o paciente agiram com culpa. Nestas situações, afastada a culpa exclusiva da vítima, será a responsabilidade pelos danos mitigadas, devendo cada um responder proporcionalmente nas frações da indenização, ou, em não havendo como se determinar o grau de culpa de cada um, deverá o valor da indenização ser reduzido à metade.

Qualquer regramento do direito evolui no sentido de acompanhar os movimentos da sociedade, e “atualmente, em pleno século XX, o instituto da responsabilidade civil médica ainda encontra-se em constante transformação,

devendo corresponder às necessidades de cada sociedade e às suas inovações tecnológicas”. (SCHAEFER, 2004, p. 23).

Depois de tratar dos aspectos relevantes da responsabilidade civil médica, passa-se a estudar a relação entre o médico e o paciente no próximo tópico, por configurar-se pertinente ao tema do presente trabalho.

3.4 RELAÇÃO MÉDICO - PACIENTE

A relação entre o médico e o paciente evoluiu nos últimos tempos, consequência de vários fatores, perdendo o caráter pessoal, e assumindo um caráter mais profissionalizado, pois, segundo Schaefer (2004, p. 72):

A relação médico-paciente, não muito tempo atrás, era toda embasada na confiança. Hoje, em regra, o que se tem são contratos impessoais formados entre o profissional e o seu cliente, desenvolvendo-se, desta forma, de modo mais complexo e exigente.

Não se percebia muitos aspectos de negociação nessa convenção, por isso, Barros Júnior (2011, p. 100) relata que:

A relação estabelecida possuía o notório anseio intrínseco de solução de ordem psicológica e não apenas negocial. O médico era um ser diferente, especial, cujas ações transcendiam os parâmetros do homem normal, e não limitado e falível como qualquer outro ser humano. Era o famoso médico de família.

Acrescenta Kfoury Neto (2012, p. 27), ao enfatizar que:

As tratativas entre o médico e o paciente correspondiam a uma admiração pelos reconhecidos méritos do profissional. Com o correr do tempo, o paciente – e o próprio médico – passaram a ser simples peças de uma engrenagem maior.

Das palavras de Barros Júnior (2011, p. 102) extrai-se uma nova e atual visão das pessoas em relação ao médico, pois, para ele “o público vê agora no médico um comerciante que vende sua ciência, sua arte, em fatias, como o dono do armazém vende seu café em potes.” Continua criticando ao dizer que: “O atual sistema de assistência médica é uma indústria; a prática médica tornou-se um negócio competitivo [...]”. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 104).

Tal transformação se dá, em grande parte, por conta do esclarecimento que cada vez mais permeiam todas as classes sociais:

Os usuários de serviços médicos, em nossos dias, mesmo aqueles que provêm de camadas sociais menos afortunadas, principiam a ter uma idéia clara de seus direitos, enquanto pacientes. Não há, propriamente, mudança no comportamento das pessoas em relação aos médicos, que continuam a ser reverenciados, acatados como benfeitores. (KFOURI NETO, 2010, p. 38).

Esse novo paradigma na relação médico - paciente é destacado nas palavras de Stoco (2007, p. 552):

O automatismo, no atendimento aos pacientes e a imposição do sistema público de saúde ou das grandes e modernas clínicas e hospitais particulares, conveniados ou credenciados por planos de saúde, nos quais a dinâmica de atendimento, com horários fixos de plantão e rígida repartição de tempo nos atendimentos, impuseram partilhamento na atenção aos pacientes e conduziram ao absurdo de o médico já não mais saber quem está atendendo e sequer seu nome.

Continua Stoco (2007, p. 552):

Do que se conclui que também o paciente transformou-se em um número e assim é identificado. Esse estado de coisa converteu o médico em prestador de serviços e o paciente em consumidor, e fez aumentar e axarcebou a suspeita e a prevenção deste último para com o primeiro e vice-versa.

Portanto, cabe salientar diante dessa situação que um bom relacionamento com o paciente e seus familiares pode evitar uma possível demanda judicial, pois:

O atendimento bem feito evita, muitas vezes, a revolta dos familiares e do paciente quando o resultado pretendido não é alcançado, pois o médico desta maneira não demonstra ser o doente apenas um objeto, mas uma pessoa com a qual ele, médico, se preocupou e pela qual fez tudo que estava ao seu alcance para curá-la. (SCHAEFER, 2004, p. 72 – 73).

Completa Barros Júnior (2011, 105), ao afirmar que: “A literatura é unânime quando certifica que a má comunicação entre os médicos e pacientes é a causa mais importante de insatisfação dos assistidos”.

Mediante a perda do vínculo afetivo e da pessoalidade na relação entre o médico e o paciente, Stoco (2007, p. 556) considera que: “A conseqüência disso foi

o excessivo número de ações de responsabilidade civil, ações essas que proliferam no mundo inteiro [...]”.

O autor evidencia as conseqüências do novo modelo dessa relação:

Atualmente [...], as circunstâncias estão mudadas. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados. (STOCO, 2007, p. 552).

Encerrada a abordagem relativa às relações jurídicas que permeiam o meio médico hospitalar, onde se verificou questões intrínsecas à atividade da medicina que a norteiam, passa-se a cuidar no próximo capítulo do ponto nefrágico do presente trabalho, que são os elementos que envolvem a responsabilidade civil das instituições hospitalares, em casos de erro médico.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES POR ERRO MÉDICO

O desenvolvimento tecnológico alcançou a atividade médica numa proporção bastante acentuada, trazendo consigo um encarecimento natural dos serviços prestados na área médica.

Isso fez com que os médicos fossem obrigados a se incorporarem a instituições ou sociedades, de modo que pudessem ter acesso a essas novas tecnologias, pois assim, com o uso em grupo dos novos equipamentos, seus custos de aquisição e manutenção são minimizados.

Nesse contexto, criam-se diferentes tipos de relacionamentos jurídicos entre o médico e a instituição hospitalar e, com eles, deveres e obrigações entre as partes envolvidas que podem desencadear processo de responsabilização.

No presente capítulo, visa-se abordar esses elementos, apontando de que forma eles interferem nos casos de responsabilidade civil de cada um, trazendo ao final algumas decisões a esse respeito dos Tribunais Regionais do sul do país, bem como do Superior Tribunal de Justiça.

4.1 TIPOS DE RELACIONAMENTOS ENTRE MÉDICOS E INSTITUIÇÕES HOSPITALARES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Apesar da divergência doutrinária, pode-se afirmar que o tipo de relacionamento mantido entre o médico e o estabelecimento hospitalar tem interferência direta no que tange ao nível de responsabilização de cada um deles, por dano causado por atuação médica.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 221), “Se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade desta última deflui manifesta, nos termos do referido art. 932, III” do Código Civil.

A verificação prévia deste vínculo é determinante para a análise da responsabilidade e, conforme ensina Stoco (2007, p. 757, grifo nosso), “a nós parece que se impõe examinar **primeiro** se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto”.

Tal análise é necessária porque pode o relacionamento do médico com o hospital não manter qualquer espécie de vínculo de subordinação ou preposição, senão, um contrato de prestação de serviços. Nestes casos, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 221) contribuem: “Entretanto, dúvida pode haver quanto àqueles profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia [...]”.

No mesmo viés, Kfoury Neto (2010, p. 108) expõe:

Outra indagação relaciona-se à caracterização, ou não, do vínculo de preposição, quando o médico, prestador autônomo de serviços, firma com o hospital contrato – tácito ou escrito – de locação de centro cirúrgico. O médico aluga as dependências do hospital – e lá atende pacientes seus, particulares.

Nota-se que, em outras palavras, o importante é verificar se há ou não algum vínculo de subordinação do profissional em relação à sociedade de fato, pois o autor evidencia que:

Na verdade, o importante nessas situações não é o tipo de contrato apresentado, e sim, se na prática, existe algum tipo de subordinação do médico para com o hospital, para se evitar algum tipo de manobra no sentido de ocultar tal condição. (KFOURI NETO, 2010, p. 108).

Gonçalves (2012, p. 268, grifo do autor) confirma as diferentes consequências, ao afirmar que:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utilizar o hospital para internar seus pacientes particulares, responde exclusivamente pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Acrescenta Kfoury Neto (2010, p. 112 – 113):

O hospital só é parte legítima para responder pelos danos sofridos por paciente que se submeteu a intervenção cirúrgica em suas dependências, e da qual resultaram seqüelas, em razão de erro médico, se o profissional mantiver vínculo de preposição ou integrar a estrutura hospitalar. Médicos que foram escolhidos pelo paciente e que não possuem vinculação com o nosocômio, além do credenciamento para utilização de suas dependências. Neste caso, o hospital não responde pelo ato danoso do médico.

Cabe ressaltar que mesmo nos casos de responsabilidade do hospital por ato médico de seu preposto, esta será subjetiva, conforme assegura Kfoury Neto (2010, p. 107):

Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos no exercício da medicina, embora a pessoa jurídica responda objetivamente nos termos do CDC, quando o ato decorre do exercício da atividade médica, a responsabilidade deve ser precedida do exame da culpa subjetiva do profissional da medicina.

Em resumo, se o médico atuar no estabelecimento hospitalar sob o vínculo de empregado ou prestador de serviços, submetendo-se às ordens do hospital, deve ser considerado preposto, respondendo a instituição subjetivamente pelos atos culposos daquele profissional, reservado o direito de ação regressiva. Mas se o médico não atuar como preposto, e sim, como profissional independente que tenha utilizado as dependências do nosocômio por sua própria conveniência ou do paciente, ter-se-á de apurar individualmente a responsabilidade de cada um. (STOCO, 2007, p. 757 - 758).

Evidenciada a importância da definição do tipo de afinidade jurídica mantida entre o profissional médico e a instituição hospitalar, trata-se, no próximo tópico, dos seus reflexos em relação à responsabilidade civil.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS

Inicialmente, cabe reforçar a particularidade inerente à atividade médico-hospitalar, pela natureza do serviço oferecido. Cavalieri Filho (2012, p. 415) explica que tal diferencial ocorre por que:

Os hospitais realizam uma atividade de alto risco porque inevitavelmente as pessoas estão doentes e os tratamentos modernos são feitos em ritmo acelerado, num ambiente de alta pressão, envolvendo muitas tecnologias complexas e muitos profissionais.

Diante dessa complexidade inerente da atividade médico-hospitalar, acaba-se por confundir, entre o hospital e o médico, o nível de responsabilidade de cada um, de acordo com o agente causador do dano.

Assim, Gonçalves (2012, p. 269) afirma que “o hospital responde pelo dano produzido pelas coisas (instrumentos, aparelhos) utilizadas na prestação dos

seus serviços [...]. Também responde pelos atos do seu pessoal, com presunção de culpa”.

No mesmo quadrante, Diniz (2007, p. 348, grifo do autor) menciona que as instituições terão responsabilidade “pelos fatos danosos cometidos pelos seus auxiliares, como enfermeiros, médicos, assalariados, funcionários (membros do *staff* hospitalar, ligados, p. ex., à administração ou à segurança etc.”

Acrescenta Kfoury Neto (2010, p. 108):

O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.), e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes.

Diniz (2007, p. 349) adverte que: “Não se pode responsabilizar o hospital se o paciente contratou diretamente com o médico que realizou a cirurgia”.

Adicionando a possibilidade de responsabilidade solidária:

Basicamente, o médico (*sem vínculo de subordinação*) responderá pelos danos ocasionados em decorrência da sua própria atuação; pela atuação do funcionário, ou pela falha de algum equipamento, responderá o estabelecimento. Se não for possível delimitar a responsabilidade, ambos [...] respondem solidariamente. (KFOURI NETO, 2010, p. 110, grifo nosso).

Ainda a respeito da solidariedade, nos casos de médicos vinculados ao hospital por qualquer forma de preposição, Kfoury Neto (2010, p. 103) ressalta que:

Se o médico for empregado do hospital – ou sócio cotista, ou integrante do corpo clínico -, o estabelecimento será solidariamente responsável pelos atos culposos do seu preposto [...]. O hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara.

Assevera ainda Kfoury Neto (2010, p. 102):

Tendo em vista que o sistema do CDC é o da responsabilidade objetiva, decorre da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de serviço, o consumidor poderá demandar em face de todos os partícipes da cadeia de responsabilidade que culminou com a circulação do produto no mercado, ou que tenham colaborado na prestação do serviço defeituoso.

Diniz (2007, p. 349) enfatiza a responsabilidade dos hospitais “pela omissão de diligências necessárias à prestação dos serviços hospitalares, pois, pelo

fato de existir um contrato entre o hospital e o doente, deverá proporcionar-lhe uma assistência idônea e satisfatória”.

Em relação à subjetividade da responsabilidade dos hospitais, a matéria é bem controvertida na doutrina e jurisprudência.

Para Schaefer (2004, p. 89), num litígio de responsabilidade civil:

A legitimidade passiva em regra será (embora haja controvérsias doutrinárias e jurisprudencial), no caso da responsabilidade civil subjetiva, de todos que deram causa ao erro e na responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas prestadoras de serviços médicos [...].

Preliminarmente, pode-se dizer que nos casos em que o médico apresenta vínculo de preposição com o hospital, “se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vestuta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos”. (STOCO, 2007, 757),

Há entendimentos no sentido de que recai a responsabilidade civil objetiva sobre a instituição, independentemente do tipo de vínculo estabelecido entre ela e o médico. Pode-se extrair dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2012, p. 420, grifo do autor):

Os hospitais são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial [...]; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados [...]. Essa responsabilidade tem por fundamento ou fato gerador o *defeito do serviço*, que fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo.

Tem-se ainda que, “com efeito, por força da nova regra de responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no art. 932, III, do CC-02, não há como deixar de aplicar o dispositivo para tais entidades”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 221)

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 220) ressaltam que “[...] embora a responsabilidade civil do profissional médico permaneça subjetiva, o mesmo não pode ser dito do hospital ou clínica médica em que presta serviços”.

Como ressalva o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, § 1º²³ “[...] o hospital só responderá quando o evento decorrer de *defeito do serviço*. Para afastar sua responsabilidade, bastará o hospital provar que não houve defeito na prestação do seu serviço”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 420, grifo do autor).

Mesmo nos casos de erro de médicos que utilizam eventualmente a estrutura física dos hospitais, apesar de admitirem divergência na doutrina, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 221) defendem que: “Ainda assim, entendemos existir um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um direito de regresso contra o médico”.

Contrariado, Cavalieri Filho (2012, p. 421) cita uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Não obstante a clareza da norma do art. 14 do CDC, que estabeleceu responsabilidade objetiva solidária para todos os prestadores de serviço, na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça prevaleceu entendimento no sentido de que [...] se a pretensão se baseia na alegação de falha médica, não poderá o hospital responder objetivamente por eventuais danos causados, pois o art. 14, § 4º, do CDC, impõe aos profissionais médicos responsabilidade subjetiva, não sendo possível agravar o dever de indenizar do hospital, fazendo-o responder objetivamente.

Por seu turno, Stoco (2007, p. 759) não abona tal entendimento, ao explicar que:

Se a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços é contratual, tal circunstância mostra-se, no caso dos hospitais, em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva. Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente a (sic) cirurgia, por intermédio de médicos, sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade de meios e não de resultado.

Mais contundente, Kfoury Neto (2010, p. 106) afirma “[...] inexistir responsabilidade objetiva do hospital, derivada de erro do médico, preposto do nosocômio”.

²³ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

Não seria lógico exigir o comportamento culposo da pessoa física do médico em uma ação de reparação por ato seu, enquanto que para a responsabilização da pessoa jurídica, com base no mesmo comportamento do profissional, fosse dispensada a culpa, bastando caracterizar o nexos causal entre a ação do seu preposto e o resultado danoso. (STOCO, 2007, p. 760).

Kfoury Neto (2010, p. 107) ratifica:

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

Assim, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, o hospital não responde objetivamente por danos causados por seu médico, tendo em vista a necessidade de primeiro comprovar a culpa deste, para então presumir-se a culpa do hospital. (GONÇALVES, 2012, p. 269).

Abordados os aspectos relevantes acerca da responsabilidade civil dos hospitais, faz-se no próximo tópico, um estudo de algumas decisões dos Tribunais Regionais da região sul do Brasil, bem como do Superior Tribunal de Justiça.

4.3 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Extraí-se uma decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde evidencia-se o entendimento de que o hospital, em caso de responsabilidade civil por erro médico, responde subjetivamente, desde que a conduta danosa advinha do exercício da medicina propriamente dita, e não de suas tarefas operacionais, onde responderia objetivamente.

Com isso, fica desenquadrado da condição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, adequando-se ao § 4º do referido dispositivo, o qual também é aplicado ao profissional médico. Assim entendeu o egrégio Tribunal:

ERRO MÉDICO. APONTADO ERRO DE DIAGNÓSTICO. USO DE SORO GLICOSADO E INSULINA EM PACIENTE IDOSA E ACOMETIDA DE DIABETIS MELITTUS. ÓBITO. IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR (HERDEIRO). CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE

PROVA PERICIAL POR EQUIPE DE MÉDICOS COM ESPECIALIZAÇÃO MULTIDISCIPLINAR. INÉRCIA SEGUIDA DA AQUIESCÊNCIA EXPRESSA COM A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA POR UM CLÍNICO GERAL. VALIDADE. NULIDADE AFASTADA. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. [...]DIAGNÓSTICO. OBRIGAÇÃO DE MEIOS. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL: POR ATO DO MÉDICO SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - E, POR INFECÇÃO HOSPITALAR, OBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO [...] ATENDIMENTO MÉDICO EM RAZÃO DE SUPOSTO MAL ESTAR. PACIENTE ACOMETIDA DE DIABETIS MELITUS. ÓBITO EM RAZÃO DO SUPOSTO USO INDEVIDO DE SORO GLICOSADO E INSULINA. PROCEDIMENTO ESCORREITO. QUADRO DE SAÚDE AGRAVADO EM RAZÃO DE OUTROS MALES. CAUSA DA MORTE DIVERSA (INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA AGUDA, SEPTICEMIA E INFECÇÃO URINÁRIA). AUSÊNCIA DE CULPA MANTIDA [...] APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (SANTA CATARINA, 2013).

Trata-se no caso em tela, de paciente portadora da doença Diabetes Melittus, que foi atendida no hospital com suposto mal estar, sendo utilizados insulina e soro glicosado como tratamento e foi a óbito. A família alegou que o médico teria errado o diagnóstico, indicando por consequência medicação errada que causou sua morte, e pleiteia indenização do médico e do hospital.

Inicialmente, cabe salientar que o diagnóstico é uma obrigação de meio, por se tratar de uma investigação sobre a natureza da doença, bem como sua gravidade, que vai definir o tipo de cuidado a ser indicado, não ensejando responsabilização.

Além disso, tal terapia é preconizada para esse tipo de doença, descartando, assim, ter sido ela a causa da morte, o que afasta atuação culposa do médico. Como a responsabilidade do médico é subjetiva, indicada no dispositivo legal supracitado, torna-se imprescindível a caracterização da trilogia: prejuízo sofrido, nexos de causalidade entre a conduta ilícita e o dano, e a ação ou omissão culposa.

Percebe-se facilmente que a comprovação do terceiro elemento necessário ficou prejudicada, pois o médico atuou em conformidade com a indicação para o caso, eliminando qualquer possibilidade de responsabilidade do profissional.

Adiante, definida a responsabilidade civil do hospital como subjetiva, e esse foi o entendimento na decisão, carece a comprovação de conduta danosa do profissional, pois é sobre sua atuação que recai a discussão. Foi demonstrada a isenção culpa do médico, isentando assim o hospital também da responsabilidade.

Contudo, na decisão em foco, restou evidente que a instituição responderia objetivamente por danos causados por fatores diversos da conduta médica, como por exemplo, infecção hospitalar ou defeitos de equipamento.

Porém, o entendimento não é unânime, e conforme o julgado apresentado a seguir do mesmo tribunal, tem-se como prerrogativa que a responsabilidade do hospital resulta do defeito na prestação do serviço, independentemente de ser o serviço típico do nosocômio como manutenção de equipamentos, ou conseqüente do atendimento médico, é objetiva.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS, AFORADA PELO PACIENTE CONTRA O HOSPITAL E O MÉDICO RESPONSÁVEL. [...] PROVA TESTEMUNHAL UNISSONA - DOCUMENTO QUE ATESTA A FORMALIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO MATERIAL, TODAVIA, OCORRÊNCIA DE DANO MORAL - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - MÉDICO E HOSPITAL. IRRESIGNAÇÃO DO MÉDICO E DO HOSPITAL. [...]. NEGLIGÊNCIA MÉDICA CARACTERIZADA POR TER SIDO DEIXADO CORPO ESTRANHO (ROLO DE GAZE) NO INTERIOR DA PERNA DA PACIENTE, DURANTE A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONDUTA NEGLIGENTE QUE RESULTOU EM UM NOVO PROCEDIMENTO DE DRENAGEM. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. RESPONSABILIDADE QUE DERIVA DA EXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (SANTA CATARINA, 2013).

O caso acima configura ação de indenização por danos materiais e morais, da paciente contra o médico e o hospital, por ter o profissional esquecido um rolo de gaze dentro da perna da autora, durante um procedimento cirúrgico vascular, ocorrido nas dependências da instituição.

O colegiado entendeu pela responsabilidade subjetiva do médico, ficando demonstrada a conduta culposa que gerou dano à paciente. Novas provas foram pedidas pelo médico, e negadas por estar suficientemente provado nos autos o ato ilícito, nexu causal, bem como os danos morais sofridos.

Em relação à responsabilidade do hospital, foi declarada como objetiva, com base no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando defeito de serviço.

Não foi aqui discutido a questão do vínculo mantido entre o médico e a instituição, que em alguns entendimentos tem interferência direta na quebra do nexu causal entre a conduta do hospital e o dano causado.

Nem se permitiu aludir ao fato de o serviço oferecido ser de meio e não de resultado, com ressalva inclusive no § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor à regra geral do *caput*, que obrigaria a comprovação de atuação culposa do hospital como requisito para sua responsabilização.

Passa-se agora a analisar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná.

4.4 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

Mostra-se um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde se entendeu pela descaracterização da responsabilidade objetiva dos hospitais, em se tratando de dano causado por atuação do médico, diante da subjetividade estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor ao profissional:

APELAÇÃO CÍVEL (1) e (2). RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. OPERAÇÃO CIRÚRGICA.CESARIANA. [...]. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. AÇÃO INTERPOSTA CONTRA HOSPITAL DA UNIMED. RESPONSABILIDADE PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. APLICAÇÃO ART. 14§ 4º CDC. NECESSÁRIA A ANÁLISE DA CONDUTA DOS PREPOSTOS. NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS. PEDIDO DE REFORMA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA A QUO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REFORMA, DE OFÍCIO, DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECURSOS DE APELAÇÃO (1) E (2) CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. Não há como estabelecer a responsabilidade objetiva do hospital sem passar pela análise da conduta dos médicos e prepostos, nos termos do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. (PARANÁ, 2013).

Esse julgado decorre de ação de indenização movida pela paciente em face do Hospital, por suposto erro do médico integrante do corpo clínico da ré. Pediu a autora que a instituição respondesse objetiva pelo danos causados por atuação do profissional, preposto seu.

Foi alegado negligência técnica no parto da autora, por ter havido sobra de material placentário, causado-lhe posterior sangramento que resultou numa cirurgia de histerectomia, ou seja, retira total do útero, o que ensejava o pleito de indenização por danos morais.

Após prova pericial, ficou comprovado que os restos placentários não caracterizavam conduta errônea do médico, e sim, fato possível decorrente do próprio procedimento, e também não motivavam tal sangramento alegado.

Decidiu o colegiado pela responsabilidade do hospital, por estar caracterizado o vínculo de preposição do profissional, na modalidade subjetiva, carecendo da comprovação da culpa, no caso, do médico preposto.

Fundamentou com base no entendimento de que não é possível responsabilizar objetivamente a instituição, por atuação médica, que tem acolhimento na responsabilidade subjetiva, conforme Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo alinhamento, também se extrai o seguinte julgamento do referido Tribunal:

APELAÇÃO CIVIL J. S. FAGUNDES CUNHA DESEMBARGADOR RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. PROVA PERICIAL E DOCUMENTAL. SUFICIÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHA MEIO DE PROVA INADEQUADO PARA CONTRARIAR AQUELA DE CUNHO EMINENTEMENTE TÉCNICO. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA DO MÉDICO E RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. CDC. CONQUANTO OBJETIVA A RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO, SENDO A ALEGADA FALHA DO SERVIÇO ATINENTE À ATUAÇÃO DE MÉDICO, HÁ NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO AO PROFISSIONAL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR, EM REGRA, RESPONDE DE FORMA OBJETIVA. AO OFERECER SERVIÇOS MEDIANTE REMUNERAÇÃO, ESTÁ SUJEITA ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA, EM HOMENAGEM AO ART. 14 DO CDC. INOBTANTE SE A PRETENSÃO SE FUNDA NA FALHA NA ATUAÇÃO DOS MÉDICOS, NÃO PODERÁ RESPONDER OBJETIVAMENTE, POIS O ART. 14, § 4º DO CDC, IMPÕE AOS PROFISSIONAIS LIBERAIS RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ERRO MÉDICO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. [...] RECURSO DE APELAÇÃO CIVIL CONHECIDO E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. APELAÇÃO ADESIVA DANOS MORAIS. QUANTUM. [...] DANOS MORAIS FIXADOS ADEQUADAMENTE PARA MINIMIZAR O SOFRIMENTO SUPORTADOR PELA AUTORA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO ADESIVO CONHECIDO E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. (PARANÁ, 2013).

Trata-se de caso de cirurgia em menor, com implante de prótese por meio de procedimento cirúrgico, que trouxe sequelas irreparáveis, deixando a paciente com grandes dificuldades de locomoção.

Foi realizada perícia médica, onde ficou comprovado que poderia ter sido tentado métodos paliativos antes de ser adotado o tratamento cirúrgico, considerado

como opção extrema. O parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná está em consonância com o laudo pericial.

Ficou comprovada a ausência de observância de cautelas e precauções necessárias à proteção da vida e da saúde da paciente.

Caracterizada a culpa do médico, só então, respondeu também o hospital de forma solidária, pois a indenização ocorreu por conta de atuação do profissional, que tem amparo no Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil subjetiva, estendida assim à instituição.

Percebe-se uma uniformidade nas decisões daquele órgão, definindo a modalidade de responsabilidade aplicada ao hospital, sempre considerando se o serviço defeituoso decorre da atividade do profissional liberal, caso de aplicação de responsabilidade subjetiva, ou da atividade comercial da instituição, caso de responsabilidade objetiva.

Adiante, avalia-se alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4.5 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Colhe-se também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado que declara a responsabilidade do hospital ser subjetiva, quando esta decorrer de atuação técnico-profissional:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE INCORREÇÃO DO TRATAMENTO DISPENSADO AO PACIENTE. 1. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 2. A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço pressupõe comprovação de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. São requisitos da responsabilidade subjetiva a comprovação do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. [...]. Deficiência no atendimento clínico não evidenciado. Nexos de causalidade entre as patologias que acometem a autora e as operações levadas a efeito pelos requeridos não comprovado. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Apelação decorrente de ação indenizatória por erro médico, em uma paciente que teve fratura no fêmur, e foi submetida a uma cirurgia que não teve sucesso.

A autora pleiteou a responsabilidade objetiva do hospital, o que foi negado, pois restou comprovado nos autos que o insucesso do procedimento foi decorrente do estado clínico específico da demandante, que é acometida de uma doença neuromuscular, que causa retardo na consolidação óssea.

Assim, ficou demonstrado que a técnica utilizada para o tratamento do mal que preocupava a autora foi a indicada para esses casos, e por ser o ato médico uma obrigação de meio, está sujeito a insucessos, sem que necessariamente tenha ele concorrido para este resultado.

Descaracterizada a responsabilidade do médico, na linha de raciocínio desse julgado fica também descaracterizada a obrigação do hospital.

No mesmo colegiado, encontra-se entendimento contrário:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETARDO INJUSTIFICADO NA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito. [...] 5. É possível a cumulação de pedido de danos morais e estéticos, haja vista que as conseqüências advindas destas espécies de prejuízos são distintas e perfeitamente identificáveis. 6. A parte demandada deve indenizar os danos morais e estéticos causados, na forma do art. 186 do novo Código Civil, cuja incidência decorre da prática de conduta ilícita, cuja lesão imaterial consiste na dor e sofrimento do postulante. 7. Aliado ao fato de que se trata aqui de dano moral puro que prescinde de qualquer prova a respeito, pois a dor e o sofrimento nesses casos são presumidos, o que é passível de indenização. 8. O valor estipulado na sentença a título de danos morais e estéticos deve levar em consideração as questões fáticas precitadas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita. Negado provimento ao apelo da demandada e dado parcial provimento ao recurso da autora. (Apelação Cível Nº 70055435036, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/10/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Caso de um paciente que sofreu um acidente, e o largo lapso temporal entre o desastre e a realização da cirurgia pelo médico, agravou suas lesões, ocasionando danos estéticos permanentes e irreparáveis.

Entendeu-se pela aplicação da responsabilidade civil objetiva para o hospital, com base no risco da atividade desempenhada, bem como na falha do serviço prestado.

Nesses casos, segundo o juízo desse tribunal, o hospital só se desonera da responsabilidade de indenização, se comprovar culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior, elementos estes já estudados neste trabalho como causas excludentes de responsabilidade.

Após analisado a tendência de posicionamento dos Tribunais de Justiça dos Estados do Sul do país, toma-se para estudo decisões do Superior Tribunal de Justiça.

4.6 JULGADOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No desenvolvimento deste trabalho, mais precisamente na página 55, foi citado o acórdão do REsp n.º 258.389 – SP, apresentado a seguir, que reforma a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia condenado o hospital a responsabilidade objetiva, mesmo após excluir a responsabilidade do médico pela morte do paciente.

Configura a decisão do Superior Tribunal de Justiça, claro entendimento de que o hospital responde objetivamente pelos danos causados na exploração da sua atividade empresarial, e subjetivamente pela atuação do profissional médico. É também o entendimento de alguns dos autores citados ao longo deste estudo.

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS.
AFASTAMENTO.CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE.
OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes[...] .4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (BRASIL, 2005).

Destarte, apesar da subjetividade da responsabilidade do hospital nesses casos, entende-se pela inversão do ônus da prova, ou seja, caberá ao hospital, provar que não agiu culposamente, da mesma forma que se exige do médico.

Como sabido, este assunto é controvertido na doutrina e na jurisprudência, o que não deixaria faltar entendimentos em sentido contrário. É o que se percebe ao analisar a decisão do acórdão do REsp. n.º 696.284 RJ.

Foi atribuída responsabilidade objetiva ao hospital pela atuação danosa do médico plantonista, com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando a instituição como prestador de serviços generalizados.

1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.[...] 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido. (BRASIL, 2009).

Importante ressaltar que, diferentemente dos julgamentos analisado anteriormente, este evidenciou o fato de o agente do ato danoso ser médico plantonista do hospital, ou seja, fica caracterizado o vínculo de proposto entre os dois, pois quem procura um atendimento de emergência, normalmente busca pela instituição, e não pelo profissional. A escolha deste fica por conta da empresa, caracterizando a situação aludida no artigo 932, III do Código Civil.

Porém, nota-se que foi desprezada a questão referente à natureza do serviço prestação pela instituição, frente ao § 4º, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois como visto anteriormente é uma matéria bastante discutida em todas as instâncias do poder judiciário e na doutrina.

Após abordadas todas as questões propostas pertinentes ao tema do presente trabalho, passa-se na seqüência a concluí-lo, com o objetivo de expor algumas opiniões.

5 CONCLUSÃO

Com o avanço tecnológico, os paradigmas na área da medicina evoluíram muito nos últimos tempos, trazendo como consequência novas técnicas e novos procedimentos como opção dos tratamentos.

Junto com esse processo, evoluíram e, principalmente, diversificaram também, as relações jurídicas desses profissionais com as instituições hospitalares, bem como com os seus pacientes, que hoje são vistos como clientes, acarretando um nível de responsabilidade maior, que transcende o mero tratamento da doença.

Conforme demonstrado, a responsabilidade civil tem seus critérios que definem a proporção e a modalidade a ser aplicada em cada caso, exigindo uma análise apurada desses requisitos, sob pena de cometer equívocos na ordem de reparação.

Esses critérios, apesar de se encontrarem positivados no ordenamento jurídico brasileiro, ensejam entendimentos diversificados na doutrina e na jurisprudência.

Essas divergências são acentuadas, no que se refere à aplicação da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva aos hospitais, por erro de médico atuando dentro de suas instalações.

Encontra-se entendimentos que consideram o dever do hospital de reparar, independentemente de culpa, qualquer atuação danosa do médico, independentemente do vínculo existente entre eles, com base no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, considerando a instituição como um fornecedor de serviço em geral, respondendo objetivamente pelo seu produto final. Só seria isento de responsabilidade, se comprovasse a inexistência de defeito do serviço, o que quebraria o nexo causal.

Outra vertente entende que o hospital só deve responder objetivamente por atos de seus prepostos, seja com vínculo empregatício ou não, pois o artigo 932, III do Código Civil determina tal obrigação. Aqui, percebe-se uma dificuldade no entendimento do que seria preposto, pois como já foi frisado, o relacionamento entre o médico e o estabelecimento é muito complexo, e pode ocorrer sob várias formas, exigindo uma análise minuciosa do caso concreto.

Apesar do entendimento de parte da doutrina, que compreende em sentido contrário, após o presente estudo realizado, achou-se mais coerente o juízo

de que para imputar a responsabilidade objetiva ao hospital, deve-se considerar alguns fatores.

O primeiro é o fato de atualmente ser comum, o vínculo do médico com a instituição hospitalar ser de mera locação das suas instalações, para internação e tratamento do paciente daquele, por mera conveniência do próprio médico ou do paciente, o que descaracteriza a condição de preposição, não cabendo prescindir de culpa nesses casos para a responsabilização da empresa, conforme artigo 932, III do Código Civil, anteriormente citado.

O segundo fator importante a ser levado em conta é que o produto final do serviço hospitalar é derivado de uma atividade que encontra, no § 4º, ressalva ao *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, rescindindo o fundamento da responsabilidade sem culpa.

Por último, percebe-se que não poderia o hospital, prestador de serviço médico que é uma obrigação de meio e não de resultado, responder objetivamente por um ato do profissional médico, cuja responsabilidade depende da comprovação daquela. Geraria um contrassenso o hospital ser responsabilizado, na ausência de responsabilidade do profissional que comprovou não ter atuado danosamente.

Em suma, deve o hospital ser responsabilizado subjetivamente por qualquer atuação danosa, independente de ser autor um de seus prepostos ou falha da estrutura, por conta da natureza da atividade exercida, pelos motivos acima citados.

Ainda, necessário observar que, apesar da escassez de materiais doutrinários que dificulta bastante o desenvolvimento de pesquisas nessa área, foi um desafio prazeroso, que acrescenta muito na vida profissional a ser seguida, principalmente para quem já atua na área hospitalar.

Por fim, ressalta-se que é inviável pretender esgotar o tema neste trabalho, o que enseja novas pesquisas sobre o assunto ou outros similares, que estão cada vez mais presente no nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 ago. 2013.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

_____. Responsabilidade Civil. 2009. Disponível em:< http://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade_solid%C3%A1ria>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 258.389. Hospital Maternidade Jundiaí S/A. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 16 de junho de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7213834/recurso-especial-resp-258389-sp-2000-0044523-1/inteiro-teor-12960856>>. Acesso em 28 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.284. Medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8624763/recurso-especial-resp-696284-rj-2004-0144963-1/inteiro-teor-13680268>>. Acesso em 28 set. 2013.

CAMARGO, Leonardo Camanho. Responsabilidade do médico e do psiquiatra em particular. 2012. Disponível em: <https://www.google.com.br/?gws_rd=cr&ei=9TIfUszAD4PO9QTZg4H4Ag#q=dever+de+prudencia+e+diligencia+do+m%C3%A9dico>. Acesso em: 22 set. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.931**: código de ética. Brasília, 2009. Disponível em:

<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 18 ago. 2013.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao código de ética médica: resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DUQUE, Bruna Lyra. Teoria geral da obrigação solidária. **Âmbito Jurídico.com**: o seu portal jurídico na internet. Rio Grande, v. 12, n. 63, abr. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5908>. Acesso em: 18 set. 2013.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentário ao código de ética médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTIN, Leonardo Michael. O erro médico e a má prática nos códigos brasileiros de ética médica. **Revista Bioética**. Brasília, v. 21, n. 1, 2013.. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/462/345>. Acesso em: 21 out. 2013.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, William Freitas. Saúde e segurança: responsabilidade solidária na terceirização. Mar. 2013. Disponível em: <<http://williamfmiranda.blogspot.com.br/2013/03/saude-e-seguranca-responsabilidade.html>>. Acesso em: 18 set. 2013.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1021806-3. Relator: José Sebastião Fagundes Cunha. Curitiba, 06 de junho de 2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=visualizar#integra_11484676>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1033286-2. Relator: Des. D'artagnan Serpa Sa. Foz do Iguaçu, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=visualizar#integra_11550271>. Acesso em: 30 out. 2013.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e as suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70055435036. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70055435036&num_processo=70055435036&codEmenta=5523690&templntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70052260429. Relator: Jorge Alberto Pastana. Porto Alegre, 31 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70052260429&num_processo=70052260429&codEmenta=5534593&templntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2013.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. **A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2012.069103-5. Relator: Des. Denise de Souza Luiz Francoski. Joinville, 16 de julho de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120691035>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2009.036626-6. Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira. Brusque, 18 de julho de 2013. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROCC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20090366266>>. Acesso em: 30 out. 2013.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Pró-Reitoria Acadêmica. Programa de Bibliotecas. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica para tcc, monografia, dissertação e tese. 3. ed. rev. e ampl. Palhoça: Ed. Unisul, 2012.