



CAROLINE TOLEDO LUCAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS EM FACE AO ERRO
MÉDICO**

Ji-Paraná
2019

CAROLINE TOLEDO LUCAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS EM FACE AO ERRO
MÉDICO**

Artigo científico apresentado no curso de Direito no Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná 2019, como requisito de aprovação para obtenção de Título em Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Francieli Borchardt da Cruz

Ji-Paraná
2019

L933r

Lucas, Caroline Toledo

A Responsabilidade civil dos hospitais privados em face ao erro médico/
Caroline Toledo Lucas. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019
27p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São
Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof.^a Ms. Francieli Borchardt da Cruz

1. Responsabilidade civil. 2. Responsabilidade civil dos hospitais. 3.
Erro médico. I. Cruz, Francieli Borchardt da Cruz. II. A Responsabilidade
civil dos hospitais privados em face ao erro médico.

CDU 347.51:614.25

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB11/1091

CAROLINE TOLEDO LUCAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS EM FACE AO ERRO
MÉDICO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do
Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná
2019 como requisito de aprovação para
obtenção de Título de Bacharel em Direito.

Orientadora Professora Me. Francieli
Borchardt da Cruz

Ji-Paraná

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Itado: _____

Centro Universitário São Lucas
Ji-Paraná

Centro Universitário São Lucas
Ji-Paraná

Centro Universitário São Lucas
Ji-Paraná

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS EM FACE AO ERRO MÉDICO¹

Caroline Toledo Lucas²

Francieli Borchardt da Cruz³

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a responsabilidade civil dos hospitais privados em face ao erro médico. Nesse seguimento, é possível observar que conforme a relação que estes possuem, sendo ela de preposição, de subordinação ou as demais existentes, irá variar o tipo de responsabilidade imputada ao nosocômio, devendo sempre ser comprovada a culpa do esculápio para que seja cabível o *quantum* indenizatório, uma vez que, a responsabilidade civil do profissional de saúde é pautada na teoria subjetiva, não se aplicando as regras concernentes do Código de Defesa do Consumidor. Pretende-se assim, demonstrar as possibilidades da imputação ao hospital privado do dever de indenizar.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil dos hospitais. Erro médico. Hospitais e erro médico.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF PRIVATE HOSPITALS IN FRONT OF DOCTOR'S MISTAKE

ABSTRACT: The present article wants to analyse the civil responsibility of private hospitals in front of doctor's mistakes. In this follow-up, it's possible to look how the relationship that they have, being of preposition, subordination or others that exist, will diversify the type of responsibility to hospitals's, but always need to be proved the doctor's blame to be appropriate the reparation, once the doctor's civil responsibility it's based in the subjective theory, not applying the rules at the Consumer's Protection Code. Pretends to show the possibilities of imputation to the private hospital of the obligation to indemnify.

KEYWORDS: Civil responsibility. Civil responsibility of hospitals. Doctor's mistake. Hospitals and doctor's mistakes.

INTRODUÇÃO

As pretensões indenizatórias cresceram alarmantemente após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor. Consequentemente, a parte lesada passou a ir em busca do direito de ser ressarcida pelo dano que lhe fora causado.

Ao que concerne ao tema da responsabilidade civil dos hospitais, as demandas se direcionaram cada vez mais ao nosocômio, uma vez que, costumeiramente possui capital maior para o pagamento dos valores pleiteados.

¹Artigo apresentado no curso de graduação em Metodologia do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como pré-requisito para conclusão do curso de Direito no ano de 2019

²Graduanda do 10º período do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-mail: carolinetoledol@hotmail.com

³Professora orientadora, docente no Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. Mestre em Direito e Multiculturalismo pela Universidade Regional Integrada, URI/Santo Ângelo/ RS. (2017). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Educacional Machado de Assis, FEMA/Santa Rosa/RS (2013). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA/RS (2010). E-mail: francieli.cruz@saolucas.edu.br

Faz-se necessário mencionar a importância da atuação do magistrado para distinguir em quais casos concretos o hospital será responsabilizado em face ao erro médico e faça a distinção do tipo de responsabilidade que será aplicado em cada demanda, podendo ser solidária nos casos explicitados adiante ou apenas a responsabilidade pessoal do médico.

A pesquisa realizada considerou como aspectos balizadores a legislação vigente, julgados, artigos científicos e doutrinas atinentes à temática. Tendo como raciocínio o método dialético dada a existência de inúmeras ações em face ao erro médico, devendo ser comprovada a culpa deste para que o hospital possa ser responsabilizado.

Para adentrar no respectivo tema, fez-se necessário a demonstração da evolução histórica da responsabilidade civil no mundo e no Brasil, a extrema importância do princípio da dignidade humana frente a relação médico-paciente e logo após tornou-se possível delimitar a responsabilidade civil do hospital em face o erro médico, demonstrando as hipóteses de inversão do ônus da prova, abordando as espécies existentes de responsabilidade civil na relação médico-hospitalar, variando conforme o papel desempenhado pelo profissional de saúde, uma vez que, este poderá ser empregado da referida pessoa jurídica ou mero preposto, podendo apenas utilizar a dependências do nosocômio sem que haja qualquer relação empregatícia ou de preposição.

É salutar que a análise desenvolvida pelo magistrado diante do conjunto probatório, leve em consideração as inúmeras definições a respeito do assunto e a apresentação fática apontada por ambas as partes.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil teve origem no direito romano e em seus primórdios, antes de seu surgimento, não existiam limites para a punição de um ato que causasse prejuízo a outro, sendo aplicada a tão conhecida Lei de Talião, “olho por olho e dente por dente”, a qual se originou a partir da Lei das XII Tábuas. Sabe-se que por muitas vezes as penas eram crudelíssimas, podendo até mesmo resultar em membros do corpo decepados.

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), a responsabilidade passou a incidir sobre o patrimônio do indivíduo e não mais sobre o seu corpo.

Ao observar que a responsabilização sem culpa trazia danos marcantes, surgiu a *Lex Aquilia de Damno* (Lei Aquília) no final do século III a.C., também denominada responsabilidade civil aquiliana, a qual fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual. Nesse novo tipo de responsabilidade civil a culpa é um elemento a ser analisado, dessa forma não mais ocorreriam penas injustas como outrora. Nesse sentido, acrescenta Gagliano e Filho:

[...] Permitindo-se um salto histórico, observa-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. [...] (2017, p. 63)

Complementa ainda, Venosa (2017, p. 401), que a partir da *Lex Aquilia* extrai o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Segundo o autor, é nesse ponto que se funda a origem da responsabilidade extracontratual, a qual se baseia na culpa.

A culpa trazia segurança nas relações jurídicas, dando ao cidadão conforto ao garantir que somente seria responsabilizado civilmente quando agisse com os elementos que a lei trazia. Com o surgimento da teoria do risco, principalmente após a Revolução Industrial, século XIX, momento em que os trabalhadores passaram a terem relação conflituosa com os patrões e começaram a ir em busca dos seus direitos, “[...] a exigência da verificação da culpa como elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil se tornou relativa [...]” (NETO; JESUS; MELO, 2017, p. 838).

Contudo, com o passar do tempo, observou-se que nem sempre o elemento culpa conseguiria suprir todas as demandas que existiam na época, uma vez que, nem sempre era possível prová-la. Dessa forma, foram surgindo novas dogmáticas, nas quais seria reparado o fato ou até mesmo somente o risco por ele criado.

Nesse sentido, começaram a surgir os conceitos acerca do tema, os quais auxiliam na interpretação do assunto. Contribui com o entendimento, Gonçalves:

[...] Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. [...] (2017, p. 11)

Desse modo, é fato notório que a responsabilidade civil traz em seu bojo o intuito de restaurar o que anteriormente perdera o equilíbrio, como forma de amenizar os danos causados, buscando retornar ao *status a quo*. Como observa Carlos Alberto Bittar (1990, p. 3), “[...] a reparação representa meio indireto de devolver-se o equilíbrio às relações privadas, obrigando-se o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação dos direitos do prejudicado [...]”

No Brasil, com Código Criminal de 1830, “[...] a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e criminal” (GONÇALVES, 2017, p. 21). Com o surgimento do Código Civil de 1916, este se atrelou à teoria subjetiva e só com advento do Código Civil de 2002 que foi adotada a teoria objetiva, sem descartar totalmente a teoria da culpa.

Vale destacar que a responsabilidade civil subjetiva é baseada na teoria da culpa e por isso é considerada como regra. Esse tipo de responsabilidade tem previsão no art. 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Ou seja, o agente causador do dano, deverá atuar com negligência ou imprudência.

Contudo, haverá situações nas quais o sujeito responderá por dano causado por terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica. Nesses casos, “[...] trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu” (GAGLIANO e FILHO, 2017, p. 65 e 66).

Como fora mencionado, o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva, na qual a culpa está implícita ao ato ilícito ou até mesmo pelo risco que este traz, esta última pautada na teoria do risco. Sua previsão se encontra no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 87), 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.

É possível observar que não mais necessitará da comprovação de culpa ou da intenção do ato danoso para que haja a necessidade de reparação. Esta se baseia no princípio da equidade, “[...] aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubiemolumentum, ibi onus; ubicommoda, ibiincommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos) [...]” (GONÇALVES, 2017, p. 22).

Destarte, é possível perceber que foi um avanço para as relações jurídicas tal teoria, contudo, não se pode excluir a importância da teoria subjetiva, uma vez que, as duas se complementam favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais (NADER, 2016).

Todavia, torna-se de suma importância ainda mencionar a diferença entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. A primeira é decorrente do inadimplemento de uma obrigação prevista no contrato, já a extracontratual é a violação direta de uma norma legal, que será tratada mais adiante ao que concerne a responsabilidade civil dos hospitais privados em face ao erro médico.

Embora ainda haja tal divisão, alguns doutrinadores lecionam que está em desuso, conforme demonstra Tartuce:

[...] Como bem afirma Fernando Noronha, a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete em “um tempo passado”, uma vez que os princípios em regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente os mesmos. Em sentido muito próximo, leciona Judith Martins Costa que há um grande questionamento acerca desta distinção, “pois não resiste à constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o ‘contrato social’, e obedecem os mesmos princípios, nascendo de um mesmo fato qual seja, a violação de dever jurídico preexistente. [...]” (2017, p. 328)

Ambos defendem que a tendência é de unificação, assim como fez o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11/09/1990), o qual não menciona tal divisão.

Com a entrada em vigor do mencionado Código, ocorreram diversas alterações a respeito da responsabilidade civil, “ditadas de um lado pela amplitude dos conceitos de produtor, fornecedor e consumidor e, de outro, pela

adoção da responsabilidade objetiva, com exceções” (NADER, 2016, p. 60). Ao que interessa a presente discussão, é a responsabilidade prevista no art. 14, § 4º, que trata da responsabilidade dos profissionais liberais:

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.

Os profissionais mencionados no artigo citado, respondem apenas havendo culpa *stricto sensu*. Ademais, devido à importância da responsabilidade civil nas relações que serão estudadas adiante, a matéria será desenvolvida em momento oportuno.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

É possível verificar com certa nitidez as mudanças na relação entre médico e paciente nas últimas décadas.

O esculápio não era visto como ser humano, mas como um ser que transcende o plano carnal, capaz de curar e dar a vida às pessoas, sendo que era procurado para solucionar problemas e angústias. Na maior parte dos casos, o médico ouvia o problema, o compreendia e ainda era considerado amigo da família, pois apenas este trazia as soluções de todas as possíveis inconveniências que viessem a surgir dentro do núcleo familiar. Neto enriquece com suas palavras:

[...] Antes, a figura do médico era envolvida por uma aura de divindade – o ser humano ungido com o dom da cura. Lembrou um rabino, em entrevista recente, que, para o judaísmo o médico é tido como um “sócio Deus”. Nossa realidade, entretanto, é substancialmente diversa – e marcha para a total desmistificação dos discípulos de Hipócrates. O médico, hoje, sequer tem tempo de conhecer o paciente pelo nome. Os sofisticados aparelhos representam uma barreira ao contato pessoal e direto. Reina um clima de desconfiança recíproca – tantas vezes convolada em hostilidade. [...] (2018, p. 33)

Hodiernamente, a relação em questão, em nada se aproxima da descrita acima, uma vez que, com a chegada tecnologia no ambiente hospitalar e das clínicas, o médico se encontra cada vez mais distante do paciente. Em muitos

casos, mecaniza o tipo de atendimento e dessa forma, não mais possui tempo, sendo que deixa de ganhar com os valores de outras consultas se despende minutos a mais com o paciente que necessita de sua atenção, não possui disposição para ouvir os lamentos do enfermo, não se coloca na condição de doente e conseqüentemente, distancia-se do sujeito com quem deveria ser construída uma relação humanizada.

É comum esperar do profissional de saúde interesse ao paciente e de sua situação, “[...] transmitindo-lhe a sensação de que ele tem importância real como pessoa, e não é apenas um nome na agenda de consultas. Seu desempenho profissional deve, portanto, complementar e não esgotar sua relação com quem o procura [...]” (ISMAEL, 2002, p. 81). Scliar esclarece a necessidade de compreensão como sendo:

[...] A história da medicina é uma história de vozes. As vozes misteriosas do corpo: o sopro, o sibilo, o borborigmo, a crepitação, o estridor. As vozes inarticuladas do paciente: o gemido, o grito, o estertor. As vozes articuladas do paciente: a queixa, o relato da doença, as perguntas inquietas. A voz articulada do médico: a anamnese, o diagnóstico, o prognóstico. Vozes que falam da doença, vozes calmas, vozes ansiosas, vozes curiosas, vozes sábias, vozes resignadas, vozes revoltadas. Vozes que se querem perpetuar: palavras escritas em argila, em pergaminho, em papel; no prontuário, na revista, no livro, na tela do computador. [...] (2001, p. 08)

No entanto, vale lembrar que a evolução das técnicas na medicina e sua conseqüente mecanização, permite com que o paciente receba informações completas e precisas. Contudo, o olhar atento do profissional ao paciente, a paciência ao explicar o diagnóstico até que o mesmo possa compreender da melhor maneira possível, o interesse em saber a profissão e explicá-lo como seu dia a dia será afetado, a maneira como poderá lidar com os problemas que poderão surgir em decorrência de sua doença, são gentilezas tão sutis e ao mesmo tempo difíceis de se fazerem presentes. Em seu livro, Neto, narra a seguinte situação:

[...] Assisti a um filme americano – escuso-me por não lembrar maiores detalhes – no qual o marido da paciente, inconformado com a morte da esposa, em cirurgia para a remoção de hemangioma na face, recebe em sua casa a visita do médico famoso, pela primeira vez processado. O viúvo, então, que amava a mulher, observa o ar compungido do seu interlocutor e indaga qual a cor dos olhos da falecida. E o médico, constrangido, não soube responder... A doença, a técnica cirúrgica, o “glamour” da profissão e o reconhecimento social tornaram-se foco da atenção, como se o doente não existisse. [...] (2018, p. 33)

Ademais, é fato notório que o cenário atual dos jovens que acabam de sair do ensino médio e também de pessoas que deixam suas carreiras para se aventurarem em cursos de medicina, nada mais é do que com o objetivo do retorno financeiro que a profissão proporciona. Dessa forma, não há mais procura só pela vocação, mas sim pelo lucro.

No entanto, vale lembrar a vulnerabilidade do paciente, conhecido como princípio da hipossuficiência, em relação ao médico, sendo que este primeiro não conhece os tratamentos adequados, nem sabe como agir diante das inúmeras incertezas que possui. Dessa forma, descreve Farias; Rosenvald; Netto:

[...] A boa-fé objetiva deve iluminar fortemente essa relação, impondo ao profissional de saúde um dever de agir com lealdade, zelo e cooperação, abstendo-se de condutas que possam frustrar as legítimas expectativas do paciente, ainda que subjetivamente desconhecidas no momento do dano (por exemplo, a legítima expectativa que o direito protege, no caso, é a de receber o melhor tratamento possível à luz da ciência contemporânea. Se o médico sonega um tratamento, por uma razão qualquer, o dano se caracteriza, ainda que o paciente desconhecêsse aquela possibilidade. [...] (2017, p. 783)

A saúde é um importantíssimo bem que deve ser zelado por todos os profissionais que lidam com a mesma, não devendo apenas ver no indivíduo o lucro que sua doença pode gerar, mas sim ter empatia ao momento de dor que este está enfrentando, assim como sua família. Acrescenta ainda Caprara; Franco:

[...] Uma outra perspectiva representada por autores como Arthur Kleinman, Byron Good, Cecil Helman, Gilles Bibeau e Allan Young (Kleinman, 1980, 1988, 1991; Bibeau, 1992; Good, 1994; Helman, 1994) analisa a relação médico-paciente sob o ponto de vista da antropologia, tentando analisar não somente o componente cultural da doença, mas também a experiência e o ponto de vista do doente e dos familiares, as interpretações e as práticas populares e suas influências sobre a prevenção, o diagnóstico e o tratamento. [...] (1999, p. 647)

Nesse sentido, depreende-se a importância da empatia na abordagem médica, pois de acordo com o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III da Carta Magna, o ser humano é merecedor de um complexo de direitos e deveres fundamentais, não devendo passar por atos de cunho degradante ou desumano, garantindo as condições mínimas de uma vida saudável. Assim ressalta Ismael:

[...] pensamento acadêmico continua o mesmo de duzentos anos atrás: o médico é preparado para se relacionar com a doença, não

com o paciente. Por sua vez, a distinção entre doença grave e menos grave não tem repercussão naquilo que o paciente espera receber do médico: tenha ele uma gripe ou um câncer terminal, sua necessidade de atenção, apoio e conforto não pode ser dosada em função de seu estado: o que ele precisa é sentir-se como um pólo atuante da comunicação com seu médico. [...] (2002, p. 49)

Impende ressaltar que o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal, é considerado um direito fundamental de quarta geração, de acordo com entendimento de Bulos (2015, p. 530). Assim sendo, cabe a definição do tema em consonância com o autor supramencionado, Bulos:

[...] *Direitos fundamentais* são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*. [...] (2015, p. 526)

Desse modo, não há o que ser discutido acerca da importância dos direitos fundamentais como norteadores do ordenamento jurídico e a consequente importância da sua não violação. Acrescenta brilhantemente Sarlet; Marinoni; Mitiero:

[...] também é verdadeiro que, na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional [...] (2018, p. 277)

Demasiadas são as notícias cotidianas existentes acerca de erros médicos. São diversas as causas, uma delas é em decorrência da jornada dupla, chegando a ser até mesmo tripla, do profissional de saúde, levando ao cometimento de falhas básicas às mais elevadas. Segundo Neto (2018), a causa do aumento de demandas em face ao esculápio é a gradativa deterioração dos serviços médicos.

Em razão da existência de inúmeras ações, foram criados os seguros de responsabilidade civil para médicos com o intuito de assegurar tal classe profissional contra ações de pacientes, seus herdeiros ou representantes, pleiteando indenizações em razão de erro médico, objetivando proteger o patrimônio e a imagem do segurado, no caso, o esculápio. Tal instituto possui previsão no Código Civil em seu art. 787, *in verbis*, “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

A jurisprudência a seguir, demonstra a possibilidade do chamamento ao processo da seguradora para que esta arque com o *quantum* indenizatório cabível. Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Maurício Campos da Silva Velho:

Agravo de instrumento. Indenizatória. Erro médico. Intervenção de terceiros. Seguradora. Seguro de responsabilidade civil profissional. Possibilidade de chamamento ao processo da Seguradora de contrato de seguro de responsabilidade civil do profissional, conforme regra prevista no art. 101, II, do CDC. Decisão reformada para permitir a intervenção. Recurso a que se dá provimento.

A crescente reparação nas relações supramencionadas de pacientes insatisfeitos faz emergir a necessidade de estudo de outros personagens que intervêm na relação médico e paciente, como os hospitais, assunto este que será discutido adiante.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL EM FACE AO ERRO MÉDICO

Fernández Hierro (2002, p. 375 e seguintes), trouxe uma importantíssima delimitação da natureza jurídica da responsabilidade civil dos hospitais, com o intuito de facilitar a compreensão desta. Tal distinção é feita em atos extramédicos, atos paramédicos e atos essencialmente médicos. Neto explica a diferença entre ambos brilhantemente:

- a) *Atos extramédicos* – [...] Além dos cuidados comuns, o hospital deve adotar todas as medidas para assegurar a integridade física do doente, no interior de suas dependências – e evitar qualquer dano ao enfermo. [...]
- b) *Atos paramédicos* – Em geral, são praticados pela enfermagem e outros profissionais de saúde, auxiliares ou colaboradores, que executam ordens do médico. Alimentação parenteral, colocação de aparelho gessado em membro fraturado, administração de medicamentos, aplicação de injeções, exames radiológicos, curativos, controle de pressão arterial e temperatura, são alguns exemplos. [...]
- c) *Atos essencialmente médicos* – Praticados exclusivamente pelos profissionais da medicina. Implicam formação e conhecimento médicos, domínio da *leges artis* da profissão. O médico haverá de responder pelos danos decorrentes da própria atuação – desde que comprovada sua culpa. Quantos aos atos puramente médicos, responderá o hospital, solidariamente [...] (2018, p.46/49)

Ao que concerne aos atos paramédicos, no TJSP o Desembargador Carlos Roberto Gonçalves afirmou:

Na responsabilidade pelos atos de auxiliares e enfermeiros, é preciso distinguir entre os danos cometidos por aqueles que estão diretamente sob ordens do cirurgião, ou os destacados especialmente

para servi-lo, daqueles cometidos por funcionários do hospital. No primeiro caso, o cirurgião responderá. No segundo, a culpa deverá ser imputada ao hospital, a menos que a ordem tenha sido mal dada ou que tenha sido executada sob a fiscalização do médico-chefe, como por exemplo, injeção aplicada diante do médico. (2008)

Impende ressaltar que em atos essencialmente médicos, “[...] acaso provada a culpa do médico – preposto do hospital ou clínica – configurada estará a responsabilidade solidária [...]” (NETO, 2018, p. 50). Contudo, não comprovada a culpa do profissional de saúde, não há o que se falar em dever indenizatório do hospital, se também não houver falha nos atos extramédicos e paramédicos. Calvo acrescenta:

[...] paciente deve provar tão somente a culpa do médico, para desencadear a responsabilidade reflexa e inescusável do hospital. Mas não se pode falar em culpa presumida, seja ‘*in elegendo*’ – má escolha do profissional – quer ‘*in vigilando*’, pois não incumbe ao hospital exercer qualquer interferência na atuação pessoal do médico. [...] (2007, p. 62)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial, entendeu que o hospital apenas será responsável por ato de médico preposto quando ficar comprovada a culpa do mesmo. Não sendo esta comprovada, o hospital não terá o dever de indenizar, uma vez que, não possui obrigação de meio com o paciente.

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

Há ainda dúvidas ao que concerne à caracterização da relação de preposição entre médico e hospital. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Ministro João Otávio Noronha merece destaque nesse sentido:

Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação. 4. Recursos especiais não conhecidos.

De tal modo, é notório que o hospital não arcará com a possível existência de indenizações caso não seja provada a culpa do médico e ao que cabe à responsabilidade do nosocômio diante do profissional de saúde vinculado ao hospital por qualquer forma de preposição, será explicado adiante mais detalhadamente.

3.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 1.015, XI do CPC dispõe que a inversão do ônus da prova pode ser realizada de ofício ou a requerimento da parte e é impugnável via agravo de instrumento, ou seja, poderá o juiz de ofício determinar a produção de

provas à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la. Arruda Alvim possui o seguinte entendimento:

[...] Casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, *in concreto*, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa, e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feita pelo outro litigante. Afigura-se-nos que a hipótese que se segue é exemplo de adoção deste critério. Assim é que, com acerto, já se decidiu que a prova sobre o fato de não ser culposa a conduta hospitalar em ação de indenização por responsabilidade de hospital compete a este, mormente quando seus arquivos não estão em ordem e se a parte contrária já apontou falhas. [...] (2003, p. 501)

Com a entrada em vigor do CPC de 2015, o art. 373, §1º é aplicável “[...] a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo [...]” (DIDIER, 2016, p. 141). Contudo, o art. 6º, VIII do CDC dispõe que a inversão em causas de consumo é sempre em favor do consumidor, atribuindo a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas. Sendo assim, Sérgio Cavalieri Filho entende que:

[...] Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor [...] (2005, p. 388/399)

Em consonância com o acórdão do TJPR, a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas foi positivada:

Ressalta-se, por oportuno, que referida inversão do ônus probatório visa facilitar a atividade probatória das possíveis vítimas de um erro médico, em observância a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias. No caso, é perfeitamente aplicável a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, segundo a qual, em determinados casos, o juiz pode inverter o sistema do ônus da prova, para atribuí-lo à parte que tiver melhores condições de produzi-la. Tal teoria foi, inclusive, consagrada e adotada pelo legislador no novo CPC, no seu art. 373, §1º [...] O princípio da carga probatória dinâmica está baseado na ideia de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato, para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance. Assim, constatando o magistrado que a parte a quem incumbiria o ônus probatório, no caso concreto, em virtude de sua fragilidade, está impossibilitada de produzir a prova necessária ao deslinde do feito, poderá atribuir tal encargo à parte que tem melhores condições técnicas e econômicas de trazê-las aos autos. E foi o que aconteceu. Conforme se verifica, a decisão foi devidamente fundamentada, e a inversão do ônus da prova só ocorreu diante da hipossuficiência técnica do consumidor. Confira-se: “[...] Como visto, para que haja o decreto de inversão do ônus da prova, é necessário que estejam presentes no caso concreto a verossimilhança das alegações ou a

hipossuficiência do consumidor (requisitos alternativos, não cumulativos). Na hipótese, verifica-se a hipossuficiência técnica do consumidor (autor) em face do médico que realizou o procedimento cirúrgico, pois aquele que possui o efetivo conhecimento do método empregado na concretização das cirurgias, enquanto resta ao autor somente a impressão de erro e a opinião de outros profissionais do ramo. Diante disso, deve ser invertido o ônus probatório, incumbindo ao requerido a demonstração de que atuou de forma acertada no tratamento do autor, e que eventuais prejuízos não decorreram de sua conduta, tida, na ótica do autor, como negligente, imprudente ou imperita. Assim, defiro a inversão do ônus da prova.”

O art. 373 do CPC consagra em seu inciso I que incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, a prova de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 373, II, CPC). Neto acrescenta:

[...] o novo diploma processual prevê, em caráter excepcional, a redistribuição do *onus probandi*, observados pressupostos formais e materiais. Entre os pressupostos formais, que devem ser observados pelo juiz na modificação do ônus probatório, está a proibição da redistribuição implicar prova diabólica reversa para a parte que passa a ter o encargo (art. 373, §2º, do CPC/15). No caso da inversão probatória em desfavor do médico, pode ser extremamente difícil que o profissional faça prova negativa suficiente quanto a ausência de culpa na sua atuação implicando em prova diabólica e na certeza de procedência da demanda. [...] (2018, p. 89)

A prova diabólica é aquela que é impossível ou difícil de ser produzida. É quando a parte é colocada em situação desfavorável, não tendo condições de produzir a prova que fora determinada. Sendo assim, o CPC não adotou tal teoria, mas sim a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, sendo baseada no princípio da igualdade, concedendo o ônus da prova a quem pode suportá-lo.

Vale destacar ao que concerne à responsabilidade médica e hospitalar que não caberá a inversão do ônus da prova, mas poderá o juiz, quando achar necessário, incorrer nas seguintes hipóteses que Neto descreve:

[...] Na responsabilidade civil médica e hospitalar (quanto a esta, nas hipóteses em que se busca a solidariedade passiva do hospital em face do comportamento culposos do médico, que deverá ser o objeto da prova) descabe, em princípio, a inversão do *onus probandi*. No entanto, poderá o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, modificar o encargo, desde que o faça de forma clara e objetiva, atribuindo a produção de determinada prova àquela das partes que ostente condições mais favoráveis de trazê-las aos autos. [...] (2018, p. 88)

Impende ainda ressaltar a importância de advertência às partes sobre a inversão do ônus probatório, podendo ferir o princípio da ampla defesa. Cláudio Augusto Pedrassi expõe dois julgados que acrescentam tal explicação:

Quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem essa cautela, implicará surpresa e cerceamento de defesa.

Inversão do ônus da prova – Inteligência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas a deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão. (2001)

Ante o exposto, revela-se a importância da atuação do magistrado na interferência da atividade probatória com o intuito de conduzi-la de maneira que não acarrete nulidade e consequências posteriores ao deslinde da ação.

A prova no processo civil “[...] pode ser compreendida como o meio que se permite a persuadir alguém a respeito de algo [...]” (HARTMANN, 2017, p. 330), ou seja, auxilia na instrução do processo assim como na formação do veredito do magistrado. Embora todos os meios de prova sejam importantes, a prova documental se destaca dentre as demais, sendo que recebeu extensa regulamentação no Código de Processo Civil, do art. 405 ao 438.

3.2 RESPONSABILIDADES QUE PERMEIAM A RELAÇÃO MÉDICO HOSPITALAR

Com base no art. 951 do Código Civil, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, sendo esta baseada na teoria da culpa, a qual possui conceitos de negligência, imprudência e imperícia. Neto acrescenta:

[...] A negligência médica – di-lo Genival Veloso de França – caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. [...]) (2018, p.113)

Existem inúmeras jurisprudências acerca da negligência médica, uma vez que a falibilidade humana é inegável, e muitas vezes a pressa, a falta de atenção e outros elementos, contribuem para que o erro seja cometido.

Ao contrário da negligência que há culpa omissiva, na imprudência há culpa comissiva. Nesse sentido, Neto descreve:

[...] Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. [...] (2018, p. 114)

Ainda nesse mister, “[...] consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misters [...]” (GARCIA, 2010, p. 259). Ou seja, a imperícia é quando o médico age de maneira a colocar a vida do paciente em risco quando resolve se aventurar em técnicas que não possui domínio. Neto acrescenta mais uma vez:

[...] Imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão. Em sede penal, o “discrime entre imperícia e inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício” adquire relevo. Revela imperícia o profissional da medicina que delega ato médico a pessoa não habilitada. Presume-se imperito, por exemplo, o médico ginecologista – sem habilitação em cirurgia plástica – que se aventura a realizar cirurgias próprias da especialidade para a qual não se qualificou; também imperito é o médico que, numa intervenção vascular profunda, punciona vasos em paciente com problemas de coagulação. [...] (2018, p. 115)

Na responsabilidade objetiva responde-se sem culpa, sendo esta baseada na teoria do risco como explicitado anteriormente. Terá o dever de indenizar ao autor o prejuízo causado tendo agido com culpa ou não, devendo apenas ser demonstrado o nexo causal. Sílvio Rodrigues leciona:

[...] Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. [...] (1999, p. 11)

Dessa forma, a responsabilidade civil médica é subjetiva, tendo sido explícita pelo Superior Tribunal de Justiça pelo ministro Fernando Gonçalves:

Civil. Cirurgia. Sequelas. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Presunção. Impossibilidade. 1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2. Em razão disso, no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa da responsabilidade objetiva. 3. Inteligências dos

arts. 159 e 1.545 do Código Civil de 1916 [arts. 186 e 951, do CC atual] e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.

Vale ressaltar que o art. 927 do CC não se aplica à responsabilidade civil médica, *in verbis*:

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

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

Não há o que se falar na aplicabilidade do parágrafo único deste artigo na responsabilidade civil aqui mencionada, pois uma vez aplicada, o elemento culpa não seria aferido. Neto narra:

[...] Ao profissional de medicina não se aplica nenhuma dessas disposições do parágrafo único do art. 927: primeiro, por inexistir lei que imponha ao médico o dever de reparar o dano independentemente de culpa; segundo, porque a atividade médica não implica, por sua natureza, risco para o paciente – muito pelo contrário: representa, muitas vezes, esperança de cura, de salvação, de mitigação das dores – e o risco terapêutico (maior ou menos probabilidade de se curar o enfermo), como visto linhas atrás, não depende somente da atuação do profissional médico. [...] (2018, p. 122)

Nesse cerne, Sérgio Cavalieri Filho, argumentou:

[...] Aos profissionais liberais que exercem atividade de risco no mercado de consumo não se aplica o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por força do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que lhe estabelece responsabilidade subjetiva – norma esta que continua em vigor não só por sua especialidade, mas também em razão de expressa ressalva feita por este Código. [...] (2005, p. 190)

Portanto, não há o que se discutir a respeito da aplicação do art. 927 na responsabilidade civil do esculápio, vez que esta se baseia na teoria subjetiva. E ao que concerne a responsabilidade do nosocômio, torna-se necessário esclarecer caso a caso adiante.

3.2.1 Responsabilidade civil solidária dos médicos e hospitais

A responsabilidade solidária se caracteriza pela possibilidade do credor de exigir o cumprimento integral da obrigação de apenas um ou de todos os devedores. Marcos Vinicius conceitua como sendo:

[...] Se ajuizar a ação apenas em face de um ou alguns, os demais poderão ser chamados ao processo. Em caso de procedência, todos

serão condenados, e o credor poderá requerer a penhora de bens de qualquer um deles, o que preserva o seu direito de escolher, entre todos, sobre qual deve recair a execução. Aquele que pagar integralmente a dívida sub-rogar-se-á nos direitos do credor, e poderá cobrar a quota-parte que seria devida pelos demais devedores solidários. [...] (2017, p. 327)

A legitimidade é tema controverso, Fredie Didier Jr. (2016) acredita que tanto a legitimidade quanto o interesse de agir são pressupostos processuais, já Neto defende que:

[...] A legitimidade é uma qualidade do sujeito e deve ser constatada no âmbito do ato praticado. Sem dúvida, é a legitimação passiva terreno fértil para embates processuais. Legitimam-se para a ação de reparação de danos os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão – em regra, ao paciente ou familiares atingidos pelo ato danoso; a legitimação passiva será atribuída ao titular do interesse que se contrapõe ou resiste ao pedido formulado – no caso, o profissional da saúde ou pessoas jurídicas a quem se irroga responsabilidade pela lesão. Quem não pratica qualquer ato lesivo, não pode ser legitimado passivo. [...] (2018, p. 129)

Não obstante, deve ser respeitado o art. 932, III do CC, sendo também responsáveis pela reparação o empregador por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele. Nesse sentido também afirma a súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Ao que cabe ao médico preposto será explicitado adiante à respeito deste, sendo que sua relevância é demasiada, já que é comumente utilizada nas relações hodiernas entre médico e hospital.

3.2.2 Médico Preposto

O hospital será solidariamente responsável quando houver ato culposos de seu preposto. Contudo, como dito anteriormente, não há o que se falar em indenização pelo hospital se não for comprovada culpa do esculápio.

No Superior Tribunal de Justiça o ministro Carlos Alberto Menezes Direito se pronunciou acerca do tema :

Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente em cesárea. Responsabilidade do Hospital. Cerceamento de defesa. 1. Já decidiu a Corte que o Juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na

cobertura do art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego. 2. Recurso especial conhecido e provido.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, expôs:

Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos no exercício da medicina, embora a pessoa jurídica responda objetivamente nos termos do CDC, quando o ato decorre do exercício da atividade médica, a responsabilidade deve ser precedida do exame da culpa subjetiva do profissional da medicina. Isso porque, a responsabilidade dos nosocômios, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes (REsp 258389/SP). Hipótese em que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Destarte, não se considera como objeto da obrigação a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, e, evidentemente os recursos disponíveis ao profissional da medicina, o qual deve agir, sempre, da maneira mais cuidadosa e consciente possível. Ademais, não é função do julgador avaliar questões de alta indagação científica, e, tampouco, pronunciar-se acerca do tratamento mais indicado para a cura do doente. Ao julgador cabe, na realidade, verificar as diligências que os profissionais da medicina poderiam e deveriam ter dispensado ao paciente no caso concreto, de forma a concluir se ocorreu, efetivamente, falha humana que ensejou prejuízos reparáveis aos lesados.

Sendo assim, o hospital será solidariamente responsável por ato cometido por preposto, caso seja comprovada a culpa do profissional de saúde. Não tendo o dever de reparar se o erro não resultar de ato culposos.

3.2.3 Médico que utiliza as dependências do hospital

Ao médico que apenas utiliza as dependências do nosocômio sem qualquer relação de preposição e subordinação, deverá o magistrado observar se não houve qualquer manobra com o intuito de esconder “[...] a participação em escala de plantão, no atendimento de urgência do hospital; a utilização do nome do médico em material de propaganda do hospital [...]” (NETO, 2018, p. 136).

Ruy Rosado possui o brilhante entendimento:

[...] 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 a internação e tratamento dos

seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se por que a responsabilidade por ato de outro, prevista no art. 1.521, III, do CC [art. 932, III, do CC em vigor] (é responsável o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos), abrange também aquelas situações onde não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação (Orlando Gomes, Obrigações, Forense, 1978, p. 932). É o caso do hospital que para seu funcionamento necessita do serviço médico, o qual, por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição. O hospital responde pelo dano produzido pelas coisas (instrumentos, aparelhos) utilizadas na prestação dos seus serviços: “Ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *statu quo* ideal, por meio de reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento” (Aguilar Dias, Da responsabilidade Civil, Forense, n. 165). Também responde pelos atos do seu pessoal, com presunção de culpa: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341 do STF). Isso, contudo, não dispensa que se prove a culpa do servidor, na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do CDC, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (AI 179.184-1, 5 Câm. Cív., TJSP), pois é preciso provar a culpa deste, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital. [...] (1997, p. 132-133)

Ademais, se for constatado dano ao paciente, deverá ser verificado se este foi resultante apenas da atuação médica ou dos serviços hospitalares, como equipamentos, hotelaria, entre outros. Neto:

[...] Basicamente, o médico responderá pelos danos ocasionados em decorrência da sua própria atuação; pela atuação dos funcionários, ou pela falha de algum equipamento, responderá o estabelecimento. Se não for possível delimitar a responsabilidade, ambos – médico e hospital – respondem solidariamente. [...] (2018, p. 137)

Em sentido contrário, o nosocômio será responsável civilmente se o médico plantonista, mesmo não sendo empregado do hospital, resultar dano ao paciente. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito no Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

Responsabilidade civil. Atendimento hospitalar. 1. Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das consequências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco revela a circunstância de ser o médico empregado do hospital,

porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital.

Sendo assim, revela-se a importância de se analisar as peculiaridades de cada caso concreto e mais uma vez ressaltar a atuação do magistrado. Após analisar os aspectos balizadores da relação aqui mencionada, dá-se seguimento com a imposição da indenização referente à relação médico hospitalar.

3.2.4 Fixação de indenização

Para que seja imposto o *quantum* indenizatório, o magistrado deverá levar em consideração o grau de culpa, sendo esta levíssima, leve ou grave, pois dessa forma, a indenização poderá ser reduzida ou aumentada conforme o caso. Desse modo, busca-se a equidade nas reparações. Dispõe o Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.
Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Em hipótese que a vítima tenha concorrido culposamente para a ocorrência do dano, o julgador deverá analisar se esta teve culpa exclusiva, caso em que será excluída a parte contrária do dever de indenizar, ou se apenas concorreu para o ato danoso, sendo a indenização reduzida. Neto explica:

[...] A inovação representada pelo parágrafo único do art. 944 do vigente Código Civil, entretanto, introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que se houve o causador do dano, no propósito de fixar com maior justiça a indenização.
Assim, o julgador, após demonstrar, concretamente, em que constitui o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência verificada no caso concreto – se grave, leve ou levíssima.
Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem prudente, passará o juiz à quantificação da indenização. [...] (2018, p. 440/441)

Carvalho Filho explica a respeito da redução indenizatória:

[...] Por fim, ressalta-se que a lei não faz distinção quando à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, que poderá ser material ou moral. Isso significa que poderá ocorrer a hipótese em que a mitigação se dará apenas na fixação da indenização na espécie de um dos danos causados. Seria o caso em que, por exemplo, a culpa leve do agente tenha causado danos morais elevados e materiais de pequena monta. Nesta hipótese, como estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas em relação aos danos morais, somente estes autorizariam a redução equitativa da indenização. [...] (2003, p.103)

Caberá ao julgador analisar o caso concreto e fixar a indenização de acordo com sua conclusão, afirmando se a culpa é grave, leve ou levíssima. A partir daí, deve-se prestar atenção ao valor indenizatório, não devendo este configurar enriquecimento sem causa, uma vez que, a indenização deve ser medida pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do CC).

Ante o exposto, após observado todo o conjunto probatório, o *quantum* indenizatório será fixado pelo magistrado com o objetivo de resguardar o direito que outrora fora violado, buscando a restituição à parte lesada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo demonstrar a responsabilidade civil dos hospitais privados em face ao erro médico, a qual, por sua vez, apenas irá emergir quando for comprovada a culpa do esculápio.

Vale ressaltar que embora o nosocômio se subordine às regras do Código de Defesa do Consumidor, o profissional de saúde se baseia na responsabilidade civil subjetiva, ou seja, na teoria da culpa, como explicitado anteriormente.

Sendo assim, o hospital responderá solidariamente por ato culposo do profissional de saúde com o qual possua relação de preposição ou subordinação. Contudo, quando o médico apenas utilizar as dependências do local e seja comprovado erro apenas na atuação médica, não há o que se falar em responsabilidade do nosocômio.

Embora haja peculiaridades acerca dessa relação, não sendo tão simplória a descaracterização da imputação do dever de indenizar do hospital, há a importância da atuação do magistrado em todas as fases, como na inversão do ônus da prova, caso entenda ser necessário, e na compreensão da relação médico-hospitalar.

Assim sendo, ao ser imposto o *quantum* indenizatório, há aspectos balizadores que deverão ser levados em consideração, os quais poderão majorar ou minorar o referido valor, como dispõe os arts. 944 e 945 do Código Civil, sendo o grau de culpa como levíssima, leve ou grave.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica Síntese, nº 231, junho de 1997.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et. al.* **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos. **Responsabilidade Civil – Teoria & Prática**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

BRASIL. CDC (1990). **Código de Defesa do Consumidor**: promulgado em 11 de setembro de 1990. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

BRASIL. CF (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**: promulgado em 10 de janeiro de 2002. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**: promulgado em 16 de março de 2015. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental nº 969.015/SC, 4ª Turma. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 07/04/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 258.389 - SP (2000/0044523-1), 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 16/06/2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100983/Julgado_3.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 351.178/SP, 4ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda, relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 24/06/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 400.843/RS, 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de julgamento: 17/02/2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 419.026/DF, 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 26/10/2004.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento nº 314.283-4/0-00, 3ª Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Julgamento em 05/08/2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento nº 2247555-68.2018.8.26.0000 SP 2247555-68.2018.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Maurício Campos da Silva Velho. Data de Julgamento em 25/05/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/690674714/agravo-de-instrumento-ai-22475556820188260000-sp-2247555-6820188260000?ref=serp>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de instrumento nº 22475556820188260000, 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Maurício Campos da Silva Velho. Data de julgamento: 25/05/2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Agravo de instrumento nº 1530331-0, 9ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior. Data de julgamento: 10/11/2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70029719267, 9ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Data de julgamento: 09/12/2009.

BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CALVO COSTA, Carlos A. **Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial**. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DIDIER JR., Fredieet *al.* **Curso de Direito Processual Civil**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N.; NETTO, F. **Responsabilidade Civil**. 4.ed. Salvador: Editora JusPODVIM, 2017.

GAGLIANO, P.; FILHO, R. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GARCIA, Baliseu. **Instituições de direito penal**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 12.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil**. 4.ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

HIERRO, Fernandéz. **Sistema de responsabilidade médica**. 4.ed. Granada: Editora Comares, 2002.

ISMAEL, J. C. **O médico e o paciente: breve história de uma relação delicada**. São Paulo: Editora T.A. Queiroz, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Vol. 7**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NETO, S.; JESUS, M.; MELO, M. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

PEDRASSI, Cláudio Augusto. **Inversão do ônus da prova**. Revista da Escola Paulista da Magistratura n 2/47-77, volume 2, julho-dezembro, 2001.

Referências

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Editora Educação, 2018.

SCLIAR, Moacyr. **A paixão transformada: história da medicina na literatura**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7.ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

VENOSA, Sílvio. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.