

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS
FUNDAMENTAIS

SANDRA AUGUSTINHO ROCHA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR

Porto Alegre
2016

SANDRA AUGUSTINHO ROCHA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR

Monografia para conclusão do Curso Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientadora: Prof.Dra. Claudia Lima Marques

Porto Alegre
2016

SANDRA AUGUSTINHO ROCHA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação de Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, sob a orientação da Profa. Dra. Claudia Lima Marques, apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre/RS.

Aprovada em _____, 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu Pai Paulo Rocha, meu marido Virgilio Branco Filho, Profº Silvio Battello e à Professora Doutora Orientadora Claudia Lima Marques, exemplos de pessoas. Minha gratidão à todos que estiveram ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que ajudaram na minha caminhada acadêmica e em especial ao meu esposo, Virgilio Branco Filho, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, apoiando-me nos momentos de dificuldades. Quero agradecer também ao Professorr Silvio Batello e a Professora Doutora Claudia Lima Marques, por iluminar de maneira especial, os meus pensamentos levando-me a buscar mais conhecimentos. E não deixando de agradecer de forma grata e grandiosa meus pais, Paulo Rocha e Eva Rocha, a quem eu rogo todas as noites a minha existência.

E muita gratidão á Deus por iluminar meus caminhos.

O advogado pouco vale nos tempos calmos; o seu grande papel é quando precisa arrostar o poder dos déspotas, apresentando perante os tribunais o carácter supremo dos povos livres.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil dos hospitais em relação aos serviços brindados por estas instituições. Primeiramente se verifica o desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil, desde a Código Civil de 1916 até nossos dias, com ênfase nos avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Demonstramos que tais avanços legais foram modificando o entendimento dos tribunais pátrios à hora de analisar a responsabilidade civil dos hospitais. Ainda, e para uma melhor compreensão da matéria, também abordamos as diferenças jurídicas entre médicos, hospitais e clínicas de saúde, fazendo-se a distinção jurídica dos mesmos perante a lei. Nesse diapasão, também analisamos a responsabilidade civil do Sistema Único de Saúde (SUS). Por fim, e como forma de corroborar as informações apresentadas, no último capítulo, verificamos quais são os parâmetros utilizados pela jurisprudência nacional para quantificar as indenizações decorrentes da responsabilidade civil dos hospitais.

Palavras chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil do Médico. Responsabilidade Civil do Hospital.

ABSTRACT

This paper analyzes the civil liability of hospitals in relation to the services provided by these institutions. First it checks the development of civil responsibility in Brazil, since the Civil Code of 1916 until today, emphasizing the advances brought by the Consumer Protection Code (CDC). We demonstrate that these legal advances have been modifying the understanding of patriotic courts to time to examine the liability of hospitals. Still, and for a better understanding of the matter, also approach the legal differences between doctors, hospitals and health clinics, making the legal distinction of the same before the law. In this vein, we also analyzed the liability of the Unified Health System (SUS). Finally, and in order to corroborate the information presented in the last chapter, we see what are the parameters used by the national law to quantify the damages resulting from civil liability of hospitals.

Keywords: Civil Law. Liability Medical. Liability of the Hospital.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	10
1 Evolução da Responsabilidade Civil Hospitalar no Direito Brasileiro .	12
1.1 O Hospital como prestador de serviço	14
1.2 Hospital como Fornecedor de Serviço no CDC	17
1.3 Hospitais, Clínicas e Nosocômios	20
1.4 Conceito e diferenciação Jurídica entre médico e hospital.....	23
1.5 Serviço Médico e Serviço Hospitalar	24
1.6 O Regime Jurídico Médico e Hospitalar	26
2 Problemas escolhidos da Responsabilidade Civil do Hospital	28
2.1 Responsabilidade Civil do SUS no Hospital e dos Médicos	
Conveniados	31
2.2 Teoria Subjetiva no Sistema Hospitalar	33
2.3 Teoria Objetiva no Sistema Hospitalar	35
2.4 Nexo Causal dos Danos.....	40
2.5 Parâmetros do Tribunal para Indenização- A Visão dos Tribunais no	
Brasil	44
2.6 Responsabilidade do Hospital por Infecção	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Os hospitais realizam serviços considerados de alto risco, com o ritmo acelerado é inevitavelmente que os tratamentos modernos sejam realizados de forma rápida, num ambiente de alta pressão, envolvendo muitas tecnologias complexas e muitos profissionais de diversas áreas.¹ Este trabalho visa demonstrar a relação dos hospitais, pacientes e dos médicos no âmbito judicial, verificando casos que podem dar ensejo à responsabilidade civil da instituição. O estabelecimento hospitalar é um prestador de serviço que se compromete a prestar auxílio por meio de serviços, médicos e equipamentos. As normas de defesa do consumidor e da Constituição Federal, tem como dever zelar pelas atividades dos seus subordinados, sob pena de responder judicialmente pelos atos realizados dentro das instituições hospitalares.

A responsabilidade objetiva hospitalar poderá ser por erro de diagnóstico médico, falha na prestação de serviços ou mau funcionamento dos equipamentos hospitalares, dentre outros acontecimentos. Toda vez que é comprovado culpa pelo serviço defeituoso prestado ou colocado à disposição do consumidor ou terceiro dentro da instituição, nesta hipótese a entidade possui responsabilidade jurídica de forma objetiva perante a lei. Respondendo por danos prestados, como fato gerador do fornecimento, não sendo relevante quem foi o fornecedor e de que modo os acontecimentos ocorreram, sendo responsável pelo defeito do serviço fornecido, discute-se a culpa de terceiros, mas sempre solidariamente judicialmente, com as devidas responsabilidades, advindas da culpa juridicamente que lhes cabe.²

O contrato firmado entre hospitais e pacientes pressupõe, por parte do estabelecimento, a obrigação de organizar corretamente seus serviços, fornecer material e produtos sem defeito, dar treinamento e qualificação dos enfermeiros

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 448-449.

² Idem, p. 454- 455. Para Sergio Cavalieri Filho a responsabilidade no foco da jurisprudência é vista de forma solidaria, por todos participantes do episódio, todos têm que pagar. O cliente acredita na instituição para tanto colocam suas vidas nas mãos de profissionais, que acreditam serem responsáveis, prudentes e peritos em seus trabalhos. Sendo solidaria a responsabilidade entre profissionais e instituição desta cadeia de fornecedores de serviços, quer seja disciplinado pelo art. 34 do CDC, quer a luz do art. 932, III do Código Civil.

peçoal qualificando e assegurando adequada vigilância ao paciente. Sendo dever do hospital também, por a disposição dos pacientes, pessoas qualificadas suficientemente, devendo assim qualificar e caracterizar obrigação de resultado. Os hospitais respondem pelos atos culposos de seus prepostos, funcionários (art.13 do Código de Defesa do Consumidor), claro que com exceção caso os mesmos forem auxiliados por pessoas estranhas ao quadro de funcionários da instituição.

Os demais prestadores de serviço, pessoas jurídicas, respondem independente de culpa e sua existência. Só se eximem da responsabilidade dos danos advindos das defeituosas prestações de serviços se houver culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, ausência de nexo de causalidade ou caso fortuito.³

³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil Dos Hospitais**. São Paulo: RT, 2012. p. 19-20. Na relação entre médico, paciente e relação jurídica, sendo a responsabilidade civil é uma constante nos dias atuais, com direito a processo, multa e demonstração de provas, por imprudência, imperícia ou culpa. Falando em ônus da prova, nexo causal etc.

1. Evolução da Responsabilidade Civil Hospitalar no Direito Brasileiro

Dizem os teólogos que dentre as principais diferenças entre Deus e os homens está a que, enquanto para o ser divino o falar se confunde com efetuar (tanto que o dito *Fiat lux* imediatamente a luz se fez), entre humanos há uma grande distância entre o dito, o desejado e o realizado.⁴

No campo do direito tal assertiva apreço ser plenamente cabível. Notadamente após o “mito do Código”, passou a ser perceptível a distância entre os postulados legais e a realidade social. No processo de desenvolvimento que tomou conta do país, a partir da década de 50 trouxe grandes transformações na política de saúde, previdenciária e de assistência social a ser seguida no território nacional, trazendo um grande abismo entre o quadro previsto no Código civil e o existente de então na época.

Perante ao quadro cinzento e desalentador, surgiu um como esperança a nova constituição da República que, um gesto alentador, para restaurar a supremacia da dignidade da pessoa humana e dos valores que a constroem, entre eles a vida e a saúde. Com aparecimento do novo código de processo civil que procura trazer ao sistema vigente a responsabilidades civil dos hospitais, clínicas, e prontos socorros, a fim de que se demostre, cientificamente, a insuficiência dele diante do quadro.⁵

A evolução da responsabilidade civil hospitalar no direito é de conhecimento público e notório, com a entrada do Código de Defesa do Consumidor a regulamentação desta doutrina ficou esclarecida. Os prejuízos ao consumidor, antes visto como pacientes somente, agora consumidores de um produto que poderá ter vício ou não⁶.

O fato do hospital fornecer mesmo que onerosamente o local, os medicamentos, o pessoal especializado, caracteriza a responsabilidade solidária. Sendo o hospital parte legítima, caracteriza-se como responsabilidade civil pelos

⁴ MARQUES, Claudia Lima. A Responsabilidade dos médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, 2004, ano 93, v. 827. p. 36.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral do Direito Civil**, v.2, abr./jun., 2000. p. 25.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 12-48.

danos sofridos, por pacientes que se submeteram as intervenções cirúrgicas em suas dependências na qual resultaram sequelas, em razão de erro médico, se o profissional mantiver vínculo de preposição ou integrar a estrutura hospitalar, não podendo excluir a responsabilidade do hospital.⁷

A autonomia das instituições surgiu uma nova ordem administrativa passa a ser vista mais como uma questão simbólica do que real, que o médico perde o senso de controle fazendo em serie procedimentos que a demanda existente na instituição exige. Os médicos nunca tratam de valores, como consultas, honorários, cirurgias, existindo intermediários ou colaboradores que configuram neste mundo para tratar com os pacientes.

Há uma gradativa deterioração do mito da onipotência médica, é com certeza o grande aumento da grande demanda contra a classe, concomitante com demanda contra os estabelecimentos aos quais estes profissionais prestam serviços. Hoje em dia são constantes as denúncias de publicidade negativa contra as instituições hospitalares, os consentimentos informativos caem no mero esquecimento especulativo.

O fato alentador é o reconhecimento da autonomia do paciente, em face do respeito dos direitos humanos, quando do exercício do ato médico. Nas questões médico/paciente/hospital, atual código fundamenta e deixa claro não só a transparência com a cidadania, mas também o respeito aos direitos dos pacientes e o reconhecimento com a humanização deste.

Por outro lado, o corporativismo existente entre a classe, deixa claro o fato de poder defender os interesses da profissão. Tentar desenhar o quadro da medicina no futuro é temerário, pois estamos em empasse de interesses sociais, econômicos e políticos, tendo em vista evolução no ambiente hospitalar e seus profissionais. O grande desafio do futuro é sanar a deficiências jurídicas, sociais, que estas instituições estão passando, adaptando-se a economia, a integralização do sistema único de saúde e a suas frustrações.

⁷ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico inversão do ônus da prova**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013. p. 39-42.

Todos sabem que o grande desafio no futuro estará no campo das doenças genéticas e muitas de suas desordens poderão ser diagnosticadas mesmo antes de uma proposta terapêutica, no instante em que se tenha decifrada por completo a cartografia gênica do homem. Enfim, saber como os genes trabalham na saúde e na doença.⁸

1.1 O Hospital como Prestador de Serviço

O hospital tem uma vasta área com um conjunto de instalações, e fornece serviços variados e alguns específicos na área da saúde, formando assim uma extensa rede de serviços interligados. Logo, poderá implicar na ocorrência de alguns problemas de ordem civil, envolvendo cada indivíduo que prestou o serviço e os pacientes, sendo esses fatores interligados. A verificação destes dados resulta em atendimentos que podem ser públicos, privados ou por convênio. Não há como se olvidar que existe natureza jurídica na responsabilidade do hospital em face desta grande circulação de contratantes e contratados, internos e externos, pacientes, médicos, trabalhadores contratados e terceirizados. Como demonstra o autor José de Aguiar Dias (2010, p.382), abaixo transcrito:

Trata-se de obrigação semelhante à dos hoteleiros, pois na realidade essa obrigação participa do caráter das duas responsabilidades com que se identifica, isto é, tanto compreende deveres de assistência médica, como de hospedagem cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes.

O hospital como prestador ou fornecedor de serviço, contratante ou contrato existindo uma distinção, na forma contratual sendo uma questão polêmica, e pertinente á seguinte indagação: Quando a responsabilidade civil deverá ser conduzida ao médico e quanto deverá ser atribuída ao hospital?

Tendo em mente que os hospitais são prestadores de serviços, uma sociedade comercial seja com fins de filantrópico, fornecem bens de consumo e como tal deverão ser vistas. Uma entidade que contrata responde por seus

⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico. 12. ed.**, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 448. Para Genival Veloso de França a evolução das instituições no Brasil é nebulosa, tendo em vista a evolução genética, a falta de apoio por parte do governo. Esta evolução pode correr grande risco, pois poderá ser confundido ciência com ficção, a política da nossa economia não favorece as instituições para um amplo desenvolvimento, benéfico e solido. A telemedicina mesmo de forma tímida, nos auxilia ao crescimento, as oportunidades e ampliar os horizontes das nossas instituições e dos médicos que delas se utilizam.

funcionários, neste caso o hospital responde pelos médicos, serviço de enfermagem, funcionários e serviço de hotelaria, que afinal de contas também é cobrado.

A doutrina e a jurisprudência enquadravam a responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares, artigo 932 do Código Civil de 2002, sendo disciplinados como reparação dos danos à terceiros, resultando em uma posição de responsabilidade. Com a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 14, este entendimento foi devidamente regulamentado por lei específica, assim, os fornecedores de serviços respondem de forma objetiva pelos danos causados aos seus pacientes ou clientes, neste caso os hospitais.⁹

Quando tratamos de serviços decorrente da exploração de uma atividade hospitalar, tais como problemas em equipamentos, acidentes com pacientes, com funcionários, equívocos, omissões da enfermagem, falta de vigilância e acompanhamento de seus pacientes durante a internação, infecções hospitalares etc.¹⁰ Tratando-se de violação da lei ou de cláusulas contratuais o assunto se torna complexo, devendo pensar na violação de um dever jurídico genérico, aquilo que Savatier chamou de dever geral de não lesar a ninguém, e os irmãos Mazeaud chamam de princípio geral de Direito que manda respeitar as pessoas e bens.¹¹

A responsabilidade indireta do empregador perdeu espaço na medida em que a legislação que seguia no Código Civil de 1916, passou em 1988 a atribuir ao empregador a responsabilidade direta, por sua atividade como instituição empregatícia¹² O Código Civil de 2002, coloca a responsabilidade na forma contrária, o empregador com responsabilidade objetiva e o empregado com responsabilidade solidária estabelecida pelo Código Defesa do Consumidor, na atualidade a responsabilidade de ambos está na jurisprudência.¹³

Havendo compatibilidade entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, e a responsabilidades na mesma forma entre ambos, a responsabilidade é objetiva, em face dos vários riscos. O Código Civil de 2002, deixa

⁹ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito do dano moral. **Revista COAD**, São Paulo. p. 15-24, abr./2004.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p.439.

¹¹ *Ibidem*, p. 453.

¹² *Idem*, p. 451.

¹³ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, O consentimento informado na relação médico-paciente: respeito dignidade da pessoa humana, **Rev. Trim. de Direito Civil**, ano 8, v..29, p.95-110, jan./mar. 2007.

claro, que qualquer dúvida quanto a responsabilidade no direito consumerista é objetiva. Neste sentido a jurisprudência corrobora com este entendimento, colocando os hospitais de forma clara como prestadores de serviços que são e respondendo pelos danos que possam ocorrer, conforme se colaciona abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital? Seja de emprego ou de mera preposição?, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual? vínculo estabelecido entre médico e paciente ? refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional? Teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado ? daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. **Decisão** Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e dos votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, o Sr. Ministro Ari Pargendler proferiu voto de desempate no mesmo sentido, e a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, vencida a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), art. 162, § 2º, RISTJ. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e dos votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, o Sr. Ministro Ari Pargendler proferiu voto de desempate no mesmo sentido, e a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, vencida a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), art. 162, § 2º, RISTJ. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.¹⁴

Neste caso ficou claro a existência de um impasse entre os julgadores quanto a culpa do hospital, tendo divergência entre os julgadores. A maioria reconheceu o provimento ao recurso.

1.2 O Hospital como Fornecedor de Serviços no CDC

As fontes do direito se multiplicam e não estão mais centradas unicamente no CC/02, surgem questões de causa e os contratos passam a ter distribuição indireta, fazendo-se necessários regramentos jurídicos como o CDC. Como foi perdida a confiança em face da distância, existente entre consumidor e fornecedor, o CDC veio com intuito de proteger as necessidades de ambos.¹⁵

Se aplicada nos limites da justiça e do equilíbrio, o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078), é a maior contribuição jurídica dos últimos 50 anos em nosso país, principalmente no que se diploma traz sobre assistência nos hospitais e o consumidor desta área. Primeiro, pelo cuidado de não tratar a saúde, como uma atividade estritamente comercial. Depois pela importância do CDC representa como instrumento de moderação e disciplina nas relações de consumo entre prestador de serviço e o usuário. Podemos ainda utilizá-lo como garantia Constitucional, complemento do art. 5º da Constituição Federal, diante da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.2:acordao;resp:2008-08-27;908359-898370>>. **REsp 908359**. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. **Revista Síntese de Direito e Processo Civil**, n. 4, p.128-154, mar. /abr., 2000.

A controvérsia acerca da responsabilidade civil entre paciente, médico e hospital, no caso em questão, estabelece as figuras como fornecedores e consumidores, tratando-se de vínculo jurídico obrigatório pré-estabelecido nas figuras jurídicas, como destinatário final desse serviço aplicando-se então o CDC. No que permite a responsabilidade jurídicas dos profissionais liberais, neste caso a regra que incide é a prevista no art. 14 do CDC, exigindo sempre análise da culpa, no caso de funcionários, prestadores de serviço, dentro do hospital.¹⁶

No caso de este profissional, prestador de serviço realizar, atuar diretamente com pacientes dentro da instituição hospitalar, na forma contratual ou extracontratual não importando, apenas existindo relação jurídica, sempre será analisado a responsabilidade civil subjetiva com base da análise da culpa, que no artigo 951 do CC/02, faz referência as modalidades: de negligência, imperícia e imprudência, entende-se como profissional liberal aquele que trabalha sozinho, fazendo do seu conhecimento ferramenta de trabalho e sobrevivência.

A aplicabilidade do CDC nestas relações, faz que exsurjam direitos básicos do consumo, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor-paciente nesta relação arrolando o artigo 6º, estacando-se dentre eles, a proteção a vida, saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviço.¹⁷

É princípio consagrado do direito pertencente o ônus da prova a quem alegasse, inclusive respaldado pelo Código de Processo Civil, que reza claramente caber o ônus probatório ao autor. Mas a possibilidade da inversão do ônus da prova, diante de fatos verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, facilitando assim a defesa de seus direitos, cabendo ao prestador-réu provar que a alegação não é verdadeira. Neste sentido a inversão visa o equilíbrio entre as partes, com base no CDC e a vulnerabilidade do consumidor.

O direito à informação objetiva sobre os serviços prestados, assim como métodos utilizados, as informações deverão de ser de forma clara sobre o serviço

¹⁶ MEDEIROS, Luiz César. A Responsabilidade Civil das Casas de Saúde – Hospitais e entidades similares. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 556, p. 85-107, 2011.

¹⁷ BORTOLANZA, Guilherme; BOFF, Salete Oro. Arte médica, uso da técnica e responsabilidade civil. **Direito & Justiça**, v.38, n. 1, p. 68-75, jan. /jun., 2012.

prestado, procedimentos realizados, sendo que proteção integral do paciente, considera-se o lado frágil da relação consumerista.¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor vem a ser uma intervenção devida do poder público nas relações de consumo, notadamente nas relações no que se refere as ações de saúde, é um equívoco, pois no que se refere ao estado é dever garantir os direitos sociais dos cidadãos. O entendimento atual é que saúde é uma função pública, de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso aos serviços em seus diversos níveis, e mais também é preciso rever o conceito de cidadania. Ele não pode ser entendido apenas no seu aspecto jurídico civil.¹⁹

A Responsabilidade civil do hospital, está ligada a responsabilidade objetiva, conforme já afirmamos, não cabendo perquirir sobre o eventual culpa da conduta médica, do pessoal auxiliares, ou de falhas dos equipamentos, significando dizer que bastará ao lesado a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo nosocômio, para fazer surgir o dever indenizatório.

Cabe lembrar que embora o profissional liberal responda mediante a aferição da culpa (exceção contida no artigo 14, §4º do CDC), sendo que à exceção aplicam-se ao hospital, tendo em vista a responsabilidade objetiva, devendo ser enquadrada no caput do artigo 14 da lei nº 8.078/90. Sendo evidente que esta lei se aplica no caso, tendo em vista o vínculo empregatício entre profissional e hospital, e então a questão da culpa será afastada, restando o hospital com culpa objetivamente, tendo em vista que o erro médico se equipara a uma falha na prestação de serviço

O direito consumerista deixa claro a responsabilidade civil objetiva dos hospitais, cujo os fundamentos se assentam, fundamentalmente no princípio da boa-fé e da transparência e nos deveres de segurança e informação, tornando secundaria a discussão acerca da responsabilidade contratual ou extracontratual, da *culpa invigilando* ou mesmo *in elegendo*. Como diz Tereza Ancona Lopez:

[...] a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima e,

¹⁸ CROCE, Delton. **O Erro Médico e o Direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25.

¹⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88-89.

principalmente o risco que pesa sobre essa atividade, que tem que ser absorvido pelas pessoas jurídicas.²⁰

É possível isentar o hospital desde que fique provado a ocorrência de uma excludente contida no Código de Defesa do consumidor, quais sejam: inexistência do defeito no serviço prestado, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (art. 14, §3º do CDC). Embora expressamente previsto no sistema consumerista e previsto em lei nosso entendimento é que o caso fortuito ou de força maior, desde que decorrente de causa externa ao serviço prestado, poderá ser tido como eximem-te tendo em vista ser causa de quebra do nexo de causalidade.

O Código de Defesa do Consumidor vem ao encontro da vulnerabilidade dos problemas existentes o consumidor, parte da relação consumerista, este código atendeu ao dispositivo na Constituição federal contida no artigo 5º, inc. XXXII, que prevê que o “*Estado promovera, na forma da lei, a defesa do consumidor*”, no artigo 48 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, que determina que no prazo 120 dias o *Congresso Nacional* promulgará o *Código de Defesa do Consumidor*, de modo a garantir e fortalecer a cidadania. Sendo visto por vários que o CDC igualou o consumidor ao fornecedor em direitos.

A controvérsia acerca da responsabilidade civil entre paciente, médico e hospital, no caso em questão, estabelece as figuras como fornecedores e consumidores, tratando-se de vínculo jurídico obrigatório pré-estabelecido nas figuras jurídicas, como destinatário final desse serviço aplicando-se então o CDC. No que permite a responsabilidade jurídicas dos profissionais liberais, neste caso a regra que incide é a prevista no art. 14 do CDC, exigindo sempre

1.3 Hospitais, Clínicas e Nosocômios

Os hospitais perante a justiça são vislumbrados como empresas de grande porte as quais fornecem serviços de hotelaria, médicos, nutrição, guarda e de cuidados, dentre outros. A diversidade de funções não desvirtua os caracteres da

²⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil do Erro Médico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 139.

contratação que se mantém como meio e sujeita à teoria objetiva de aferição da responsabilidade

No nosocômio, nesta instituição firma-se por contratação, verbal ou estrita, cujo efeito maior é a vinculação a dever de meios, protegendo-o contra condutas que possam causar danos. Devem prestar todos os cuidados e fornecer os equipamentos disponíveis e necessários ao tratamento dos pacientes.²¹

As clínicas fornecem serviços, na maioria das vezes, de exames diversos aos serviços hospitalares, normalmente os serviços médicos são terceirizados quase nunca fazendo procedimentos dentro do estabelecimento. Sendo que o proprietário da clínica responde civilmente, havendo de se evidenciar a culpa pelo dolo, imprudência ou imperícia no estabelecimento.

Em atenção as diretrizes da Lei nº 8.078/90 (CDC), faz-se necessário alertar para o fato de que a responsabilidade civil do médico difere frontalmente daquela atribuída aos estabelecimentos e casas de saúde, em relação à forma de determinação do dever de indenizar. Embora o profissional acusado de erro médico trabalhe no hospital, o regime de aferição da responsabilidade de cada um obedece a parâmetros próprios, já que a norma que estabelece a necessidade de demonstração da culpa (art.14, §4º) tem aplicabilidade limitada aos médicos e não se estende aos estabelecimentos de saúde.

Por força do disposto genericamente no Código Civil e mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor (caput do art. 14), estarão sujeitos aos efeitos da teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde da demonstração do liame entre conduta e o dano, forte no reconhecimento legal das vantagens existentes entre o paciente e a instituição.²²

No que diz respeito a responsabilidade por erro humano nos hospitais, clínicas, nosocômios, prestadores de serviços de saúde, utilizando-se de contratos, é estabelecida uma perfeita relação de consumo. Assim, pelo contrato de prestação de serviço médico hospitalar, de um lado, e o consumidor deste serviço (paciente) de outro lado, observa-se que os hospitais são considerados fornecedores que de tal

²¹ ZULIANO, Enio Sanatarelli. Responsabilidade Civil em Erro Médico: inversão do ônus da prova. **RDCPC**, São Paulo, v.26, nov./dez. 2003.p. 48

²² MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade Civil e Erro Médico**. 4. ed. São Paulo: LTR. p. 64.

sorte, na eventualidade de falhas na prestação destes serviços primordialmente, assim as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor e as do Código Civil Brasileiro devem ser aplicadas.

O hospital responde pelos atos dos profissionais que administradores, bem como atos médicos que sejam seus empregados e contratados, mesmo os de apoio médico, bem como danos causados por vícios ou defeitos de equipamentos, medicamentos, alimentação, hospedagem, guarda, transporte e outros serviços auxiliares.²³

A responsabilidade dos hospitais, clínicas, casa de repouso e similares é responsabilidade objetiva com base no Código consumerista, cujos fundamentos se assentam no princípio da boa-fé, da transparência e nos deveres de segurança e informação, tornando-se assim secundária a discussão acerca da responsabilidade contratual ou extracontratual.²⁴

A culpa *in vigilando* ou mesmo *in elegendo*, sendo assim a responsabilidade legal exclui a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima, principalmente o risco que pesa sobre a atividade, sendo absorvido pelas pessoas jurídicas.

Embora as maiores acusações de erro médico aconteçam com os profissionais na área da saúde, trabalhando em hospitais e afins, cada instituição obedece ao um critério diferenciado. Quando os profissionais são denunciados por erro trabalhem em hospitais, é postulado como litisconsórcio passivo, cabendo a responsabilidade de cada um correspondendo a um parâmetro próprio, que as normas de necessidades da culpa demonstram tem aplicabilidade ao médico.²⁵

A contratação realizada entre a entidade hospitalar e o médico na forma escrita ou de forma tácita, tem seu maior efeito de vinculação e dever de meio no nosocômio, protegendo o paciente contra condutas que possam causar danos. Prestando cuidados e fornecer equipamentos, disponibilizando o necessário para o

²³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil e Erro Médico**. São Paulo: LTR, p. 138-139.

²⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito do dano moral**. *Revista COAD*, São Paulo. p. 15-24, abr./2004.p. 36-45

²⁵ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade Civil nas Atividades de Risco**. Rio de Janeiro: Arte e Ciência, 2011. p.35.

tratamento do paciente. A urgência na liberação do paciente, torna-se uma necessidade, para fins proteção do próprio médico.

Entretanto, por força da responsabilidade objetiva, o hospital tem o dever de demonstrar que a eventual superveniência de resultado nocivo, deu-se mesmo no cumprido o dever a que estava atrelado. A diversidade de funções do hospital, entre as quais hotelaria, guarda, nutrição etc., não desvirtua as características da contratação, se mantendo como meio, sujeito à teoria objetiva de aferição da responsabilidade.²⁶

1.4 Conceito e diferenciação jurídica entre médico e hospital

Na responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde o vínculo com médico se faz necessário para atuar dentro da instituição, pois a disciplina jurídica de uns e outros encontra dissociação expressa no texto legal. Quanto aos profissionais há de ser evidenciada a culpa (ônus de quem acusa), sendo a responsabilidade na civil subjetiva. Contra os nosocômios e similares a responsabilidade é objetiva, sendo ausente a excludente que milita em seu favor. O questionamento acerca do fator anímico somente tem lugar em se tratando dos profissionais da saúde e não dos hospitais e similares, este tem a culpa objetiva como fato já de conhecimento legal, o preexistente no meio jurídico.

O dever de indenizar está especificado no CDC, art. 14 §4º e art. 927, e art. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro. O dever de indenizar, pela culpa do estabelecimento como sendo um prestador de serviço, sendo o dever de proteger o consumidor contra condutas que possam causar-lhe prejuízo, consta no CDC. Prestando todos cuidados e amparo para que não existam danos, pois em qualquer tempo terá que provar a ocorrência de motivos estranhos ao atendimento prestado.

A presunção da capacidade econômica existente entre as partes vigorando, a facilitação do ato da demanda contra grandes hospitais e complexos hospitalares e casas de saúde em geral, embora não seja tamanho ou potencial econômico que estabelecerá a viabilidade da demanda nos moldes relatados, mas o mero relato dos fatos, acontecimentos que vieram a causar o dano.

²⁶ MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade Civil e Erro Médico**. São Paulo: LTR, 2014. p. 64-65.

A responsabilidade civil tem o objetivo voltado precipuamente para a reparação do dano, embora a isso não esteja limitada, porque também é dotada de conteúdo punitivo em determinadas situações, como no caso de condenação por danos morais puros. A constante evolução do sistema de indenização e reparação faz com que se aperfeiçoem formas e bases das teorias conhecidas respeitantes ao assunto, motivo pelo qual é necessária rápida incursão nos alicerces lançados no direito nacional, a fim de melhor compreensão do seu estudo

A socialização dos riscos e danos médicos, ao contrário do que muitos pensam, não é simplesmente a posse de uma apólice de seguro de responsabilidade civil. É muito mais, um programa voltado para uma proposta política-social, solidária e responsável, em favor do médico e da comunidade, e, por isso em favor da ordem pública e do equilíbrio social, não se resumindo ao pagamento de indenização

1.5 Serviço Médico e Serviço Hospitalar

Os hospitais e instituições equiparadas respondem pelos atos dos profissionais que os administram, bem como pelos atos médicos e pelos atos do serviço de apoio, além de danos causados por vícios ou defeitos (art. 14, caput, CDC c/c art. 34). A responsabilidade é objetiva, significando dizer que não se perquire sobre a culpa, bastando ao lesado demonstrar o dano e o nexó com falha na prestação do serviço.

Embora exista uma possível responsabilidade solidária entre o hospital e o médico, a opção de demandar um ou outro conjuntamente é do paciente que tenha sofrido o dano, já que se trata de litisconsórcio facultativo (art. 46 CPC). Assim a solidariedade passiva somente poderá ocorrer no início da ação, se a vítima colocar no polo passivo todos os participantes do fornecimento do serviço defeituoso.

No caso do médico seja empregado do hospital – sócio – cotista, ou integrante do corpo clínico, o estabelecimento será responsável pelos atos deste profissional sejam eles culposos, dolosos. O hospital poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico tenha sido resultado do próprio

profissional comprovado por culpa, dolo, imprudência ou imperícia, e as provas sejam suficientemente claro.²⁷

Na relação médico/hospital deveria avantajar-se os serviços prestados pela instituição de saúde, neste caso em questão seria o hospital. O médico estando dentro do estabelecimento, mesmo não tendo um contrato assinado com a instituição, produz laudos, sejam cirúrgicos ou prontuários, tendo portanto, a mesma responsabilidade judicial pelos atos realizados em suas dependências.

O médico está utilizando as dependências da instituição, para atender seus pacientes ou os pacientes da instituição hospitalar, existindo, portanto vínculo perfazendo assim uma relação de consumo. Logo há a responsabilidade do médico e da instituição hospital, está como fornecedora de consumo de bens utilizados pelos clientes, então “pacientes” e por seus parceiros “médicos”.

Constata-se assim a natureza jurídica e a relação existe entre consumidor e fornecedor, neste impasse fica claro a constatação da exigência da apuração de danos sejam eles morais ou materiais perante ao um erro, de seus funcionários ou colaboradores.

No caso do hospital que para seu funcionamento necessita do serviço do 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 utilizadas na prestação dos seus serviços.

Os hospitais públicos, da união, Estado, Municípios, suas empresas públicas, autarquias e fundações, estão submetidos a um tratamento jurídico deslocadas suas relações para o âmbito do direito público, especificadamente ao direito administrativo que versa sobre a responsabilidade das pessoas de direito publico pelos danos causados por servidores, que nesta qualidade quase a terceiros, adotando o principio da responsabilidade objetiva.

²⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012. p. 106-107.

1.6 O Regime Jurídico Médico Paciente

O fundamento da responsabilidade civil do médico está na alteração do equilíbrio social, produzida por um prejuízo causado a um de seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores.²⁸

O relacionamento jurídico entre médico e paciente poderá de ser tácito, verbal ou por escrito, este último caracteriza-se como contrato de prestação de serviço também, na verdade é modalidades de contrato de consumo Nesta esteira podemos entender que o “consentimento livre de esclarecimento”, não deve ser entendido como regra para da atividade profissional.

Este consentimento deverá ser explicado em claramente, como qualquer contrato deverá ser assinado antes do procedimento médico. Devendo o direito do paciente ser garantido, sendo uma questão política social, não podendo resumir-se apenas a informações, ser acessível ao nível de convencimento e compreensão para evitar defeito no ato jurídico.

Caso houver qualquer mudança nos procedimentos, o paciente deverá ser avisado e novamente deverá assinar um termo para consentimento de mudança de conduta terapêutica (*princípio da temporalidade*). Por esta razão a maioria dos hospitais, médicos pedem a anuência de algum familiar ou mesmo do paciente, para qualquer procedimento e riscos que venham a ocorrer. Cabe ressaltar que este termo na verdade é um documento como tal foi realizado em uma hora de condições impostas e de grave desespero, até que prove o contrário, isso é uma indisfarçável coação.

A prática da medicina é incluída, no rol das modalidades que prestam serviços, se prestam a incidência da Lei 8.078/90, porque fazem parte dos profissionais liberais e geral prestadores de serviço, independente da área de

²⁸ ALCANTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade Médica**. Rio de Janeiro: Editora: José Konfino, 1971. p. 68-70.

atuação escolhida. O artigo 2º da mesma lei: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.²⁹

Como o código de defesa do consumidor trouxe o princípio de facilitação da tarefa de provar a culpa do prestador de serviço, inexoravelmente devem eles ter aplicação na discussão da responsabilidade civil do médico, de forma a abrandar ao máximo os requisitos que se tem como indispensáveis à verificação da culpa que acarreta obrigação pecuniária.³⁰

Na verdade, nota-se que as relações entre médico e paciente tem se modificado nas últimas três décadas, a realidade substancia mudou, a área de divindade humana e o dom da cura, deram lugar ao profissional ao que cobra e tem relação comercial com seu paciente.

A diversidade e a desmistificação deste profissional, passando a ser uma simples peça de uma engrenagem maior, admiração pelo profissional pelos reconhecimentos e préstimos do mesmo é coisa de um passado distante, hoje em dia o médico nem conhece direito seu paciente, as vezes nem sequer o olha, faz anamnese de forma massificada.³¹

Onde um contrato personifica o paciente, tendo deveres e direitos para ambas as partes, contratado e contratante, assim não existe relação de sentimentos, emocional, medicina personalizada, é considerada aquela onde o médico mantém intacto seus sentimentos, sejam eles quais forem. Por fim os médicos costumam mencionar três fatores para manter em elevado nível seu relacionamento com os pacientes: honestidade, humildade e humanidade.

²⁹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, O consentimento informado na relação médico-paciente: respeito dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 8, v.29, p. 95-110, jan./mar. 2007.

³⁰ MATIELLO, Fabricio Zamprognna. **Responsabilidade Civil do médico**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2014. p. 56.

³¹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, Op. cit., p. 30.

2. Problemas Escolhidos da Responsabilidade Civil do Hospital

As instituições de saúde fizeram uma profunda alteração em seus procedimentos com entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em seu comportamento de fornecedor, foram compelidos a adotar uma postura mais ética. Havendo algumas resistências ou hesitações, os protagonistas destas relações de consumo têm as prescrições legais, existindo uma alteração comportamental, a atuação do judiciário sendo decisiva.³²

As modificações legais, tornaram a responsabilidade civil do hospital diferentes do ponto de vista jurídico, os hospitais são diferentes nos serviços de hotelaria. A permanência de doentes neste ambiente enfatiza a obrigação de seguridade, devendo o hospital tomar os devidos cuidados para o bem-estar deste paciente.

Além dos cuidados comuns e da segurança o hospital deverá zelar pela integridade física, no interior de suas dependências, evitando assim qualquer dessoro que possa acarretar dano ao enfermo. Quanto maior o grau de dependência do paciente nos funcionários, maior os cuidados deste hospital para com o conforto, bem-estar e deslocamento do doente em suas dependências.

Qualquer dano sofrido por este paciente nas dependências, atos defeituosos, má funcionamento dos equipamentos oferecidos, acarretará na responsabilidade da instituição, na forma que preceituou o Código de Defesa do Consumidor. Casos em que o paciente sofreu acidente dentro do ambiente hospitalar, por motivação de ministração de medicamentos o TJRJ, arbitrou dano moral no valor de 100 salários mínimos. Eventuais lesões praticadas dentro do hospital, advindas das más prestações do serviço, subordinam-se ao CDC, sendo responsabilizado o hospital.

Para que exsurja a responsabilidade do hospital, o médico deverá ter agido com culpa; desta forma, a responsabilidade do estabelecimento fica subordinada ao descumprimento prévio da obrigação assumida pelo médico perante o paciente. No

³² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012.

âmbito da prestação de serviço médico, a forma de incidência do CDC suscita diversos questionamentos. O modelo de responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço, em face das peculiaridades de suas atividades, o CDC estabelece taxativamente a responsabilidade objetiva apurando a responsabilidade da culpa.³³

Neste sentido o acórdão a seguir vislumbra uma ação de indenização, por falta de acompanhamento à parturiente, ausência de médico na instituição hospitalar, quando a mesma encontrava-se em trabalho de parto.

DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA. DÉFICIT. MÉDICO NO QUADRO DO HOSPITAL. PARTURIENTE. EVOLUÇÃO DO TRABALHO DE PARTO. AUSÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO. RECÉM-NASCIDA. AUSÊNCIA DE BATIMENTOS CARDÍACOS. REANIMAÇÃO. INTERNAÇÃO EM UTI. SEQUELAS PERMANENTES. POSTERIOR FALECIMENTO. DANO MORAL. CABÍVEL. PENSÃO VITALÍCIA. PREJUÍZO MATERIAL. INEXISTENTE. PRECATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ADI 4357/DF E 4425/DF. RECURSO ESPECIAL. SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS. 1. CARVALHO FILHO: ?A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, NO CASO DE CONDOTA OMISSIVA, SÓ SE DESENHARÁ QUANDO PRESENTES ESTIVEREM OS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM A CULPA. A CULPA ORIGINA-SE, NA ESPÉCIE, DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, ATRIBUÍDO AO PODER PÚBLICO, DE IMPEDIR A CONSUMAÇÃO DO DANO. RESULTA, POR CONSEQUENTE, QUE, NAS OMISSÕES ESTATAIS, A TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO TEM PERFEITA APLICABILIDADE, COMO OCORRE NAS CONDUTAS COMISSIVAS? (IN: MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 25ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: ATLAS, 2012). 2. O ESTADO FOI NEGLIGENTE NA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, UMA VEZ QUE A PARTURIENTE NÃO FOI ACOMPANHADA POR MÉDICO DURANTE A EVOLUÇÃO DO TRABALHO DE PARTO, MESMO ESTANDO COM A PRESSÃO ARTERIAL ALTERADA, DIANTE DO DÉFICIT DE UM MÉDICO NO QUADRO DE PESSOAL DO HOSPITAL. 2.1. RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANDO PRESENTE O NEXO CAUSAL ENTRE A CONDOTA OMISSIVA E O EVENTO DANOSO. 3. CABÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL QUANDO A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO CAUSA SOFRIMENTO E DOR AOS PAIS PELA MORTE DE FILHA RECÉM-NASCIDA. 3.1. O VALOR DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) ENQUADRA-SE NOS PARÂMETROS FIXADOS PARA CASOS SEMELHANTES, ALÉM DE ATENDER A DUPLA FUNÇÃO, COMPENSATÓRIA E PENALIZANTE, DA

³³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012. p. 50-57.

INDENIZAÇÃO. 4. INCABÍVEL A FIXAÇÃO DE PENSÃO VITALÍCIA, UMA VEZ QUE INEXISTE PREJUÍZO A SER REIVINDICADO PELOS GENITORES NA ESFERA PATRIMONIAL. 4.1. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: ?(...) A PERDA DO FILHO RECÉM-NASCIDO CAUSA SOFRIMENTO E DOR À MÃE E A TODOS OS FAMILIARES, A ATINGIR O PATRIMÔNIO MORAL. CONTUDO, NA ESFERA PATRIMONIAL, INEXISTE PREJUÍZO A SER REIVINDICADO PELOS PAIS, PORQUANTO A INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, EM FORMA DE PENSÃO, VISA RESTABELECER A SITUAÇÃO FINANCEIRA ANTERIOR AO ATO ILÍCITO, RECOMPONDO A RENDA QUE NÃO MAIS SERÁ AUFERIDA EM RAZÃO DA MORTE DE QUEM A RECEBIA. SEM A CARACTERIZAÇÃO DE UM PREJUÍZO ECONÔMICO, NÃO SE INDENIZAM OS DANOS MATERIAIS? (STJ, RESP 402874/SP, REL. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 01/07/2002). 5. OS JUROS DE MORA DEVEM SER CALCULADOS COM BASE NOS ÍNDICES VIGENTES À ÉPOCA, QUE, NO CASO, É O DA CADERNETA DE POUPANÇA, UMA VEZ QUE SE TRATA DE CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA, SEM NATUREZA TRIBUTÁRIA, A TEOR DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/09. 5.1. A CORREÇÃO MONETÁRIA, POR SUA VEZ, SERÁ CALCULADA COM BASE NO IPCA, QUE É O ÍNDICE QUE MELHOR REFLETE A INFLAÇÃO ACUMULADA NO PERÍODO. 5.2. PRECEDENTE DO STJ, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO: ?(...) EM VIRTUDE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI 11.960/09: (A) A CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DÍVIDAS FAZENDÁRIAS DEVE OBSERVAR ÍNDICES QUE REFLITAM A INFLAÇÃO ACUMULADA DO PERÍODO, A ELA NÃO SE APLICANDO OS ÍNDICES DE REMUNERAÇÃO BÁSICA DA CADERNETA DE POUPANÇA?, MAS SIM O IPCA (ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO), DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA; ?E (B) OS JUROS MORATÓRIOS SERÃO EQUIVALENTES AOS ÍNDICES OFICIAIS DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E JUROS APLICÁVEIS À CADERNETA DE POUPANÇA, EXCETO QUANDO A DÍVIDA OSTENTAR NATUREZA TRIBUTÁRIA, PARA AS QUAIS PREVALECERÃO AS REGRAS ESPECÍFICAS? (STJ, RESP 1270439/PR, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, DJE 02/08/2013). 6. APELO DOS AUTORES IMPROVIDO E APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO PARA DETERMINAR QUE OS JUROS MORATÓRIOS SEJAM CALCULADOS COM BASE NO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/11 E CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA, ÍNDICE QUE MELHOR REFLETE A INFLAÇÃO ACUMULADA NO PERÍODO³⁴.

³⁴ **Acórdão nº 815465** do Processo nº20090110962147. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/busca/search?keyword=lex%3Abr+distrito.federal%3Atribunal.justica.distrito.federal.territorios+turma.civel.5%3Acordao%3A2014-08-27+815465.&f1-tipoDocumento=Jurisprud%C3%Aancia>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

Este acordão mostra que perante ao judiciário, foi reconhecido o nexos causal entre os acontecimentos sendo o hospital penalizado na forma da lei, pois a paciente perdeu a criança, a genitora foi indenizada dentro das normas utilizadas no momento, sempre na forma legal.

2.1 Responsabilidade Civil do SUS, do Hospital e dos Médicos Conveniados

Quando falarmos em responsabilidade dos hospitais públicos ligados a estrutura de qualquer pessoa jurídica de direito público interno, tem-se reiteradamente aplicado a responsabilidade objetiva, que dispensa a comprovação da culpa, fundada na teoria do risco administrativo. As pessoas ligadas ao direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos causados com culpa, na forma do art. 37, §6º, da Constituição Federal e do art. 43, Código Civil de 2002.³⁵

Exige-se apenas a causalidade na relação entre as atividades administrativa, desempenhada pelo estado e consubstancia a conduta do agente – e dano causado por terceiros. O ente público não responderá apenas quando provar alguma das excludentes – e este ônus incumbe à administração.³⁶

Segundo Sergio Cavalieri Filho: “Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional em exame. O estado só responderá pelos danos de seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros - este então evidenciou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da administração pública. Por enquanto condicionada a responsabilidade objetiva do poder público e ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causalidade, como já ficou assentado. O importante é que o estado não responderá por danos causados por outrem que não sejam seus servidores que não estiverem no exercício da sua função, nem agindo em razão dela.

³⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012. p. 122.

³⁶ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editoras, 2009.p. 57-60.

Os hospitais conveniados ao SUS, em síntese respondem solidariamente, com seus conveniados. Adotou o princípio da responsabilidade objetiva, cabendo ao estado o dever de indenizar sempre que demonstrado a existência do fato, praticado por agente do serviço público em serviço, eximindo assim de provar total ou parcialmente o dano.³⁷

A jurisprudência natureza da responsabilidade do estado por atos danosos praticados por hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, funcionários ou prestadores, mas na maioria pende a responsabilidade objetiva.³⁸

Neste caso o acórdão a seguir mostra que o SUS assumiu suas responsabilidades, não havendo motivos para haver pleito, pois a paciente em questão está sendo assistido pelas entidades.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO MINISTRO RELATOR. ART. 557, CAPUT, DO CPC. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PACIENTE ATENDIDA NO ÂMBITO DO SUS. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDICAÇÃO. ESTÁGIO AVANÇADO DA DOENÇA. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O caput do art. 557 do Código de Processo Civil possibilita ao Ministro Relator o julgamento monocrático de recursos especiais manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. 2 - O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. Precedentes. 3 - No caso, a Corte local consignou o fato de que a recorrida está sendo tratada em hospital vinculado ao SUS e, ainda, o estágio avançado da doença e a imprescindibilidade da medicação prescrita, de forma que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4 - Agravo regimental a que se nega provimento.³⁹

³⁷ GANTHALER, Heinrich. **O Direito à vida na Medicina: uma investigação moral e filosófica**. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 38-45.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012. p. 181-184.

³⁹ Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1.acordao;aresp:2015-04-28;659156-1433695>>. AgRg no AREsp 659156. Acesso em: 20 fev. 2015.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Com uma doença na forma avançada, mas sendo assistida pelo SUS e providenciados os recursos necessários para sobre vida do paciente, não haveria motivos para tais demandas.

2.2 Teoria Subjetiva no Sistema Hospitalar

O Código Civil brasileiro utiliza a “teoria da culpa”, consagrada nos artigos 186 e 951, para definir a teoria da culpa para o médico, sendo esta a teoria clássica da responsabilidade extracontratual ou aquiliana fundamentada na culpa. Assim aquele que sofreu um dano deverá, obrigatoriamente, provar que o agente causador agiu como dolo ou culpa, para fazer surgir o dever indenizatória.

A responsabilidade civil subjetiva, sua maior dificuldade incidirá em fazer da prova da negligência, imperícia e dolo ou culpa, normalmente veremos este caso nos médicos. Em situações onde vai existir a lesão, o agente causar estará devidamente identificado, porém a impossibilidade de fazer prova de culpa afastará o dever de reparação. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprimento ao autor, ao contrário, o ônus de comprovar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre falha e técnica, demonstrando in concreto, e os resultados danosos queixados pelo promovente da ação indenizatória.

Na maioria das circunstâncias, a impossibilidade de comprovação da culpa termina por criar ao lesado uma situação de aparente injustiça, a partir da constatação desta dificuldade, existindo a busca por novos fundamentos para responsabilidade civil subjetiva, visando resolver o grave problema da comprovação

da culpa de molde que se pudesse priorizar à reparação, e assim evitar as injustiças que a consciência jurídica e humana reputam.⁴⁰

Por imprudência, entende-se a falta de cuidados básicos, de cautelas ordinárias que necessariamente deveriam ter sido tomadas no caso em concreto. E atuação irrefletida intempestiva como a de conduzir veículo que se sabe sem freios, ultrapassar propositalmente semáforo com sinal vermelho ou podemos citar caso o médico inicia cirurgia sem ter equipamento básico para tanto.⁴¹

Negligência é a falta de diligência, a ausência de atenção em momento próprio, o desleixo injustificado, como quando um médico esquece algum instrumento na cavidade abdominal do paciente durante uma cirurgia. Por fim, imperícia se vislumbra na conduta produzida à margem de conhecimento insuficientes ou a deficiência na formação do profissional que leva à um resultado nocivo, ou simplesmente incompetência na prática profissional por falta de substrato técnico.⁴²

No direito brasileiro utiliza-se noção dualista da culpa, dividida em contratual e extracontratual, está também chamada de aquilina. A culpa contratual deriva da inobservância de uma obrigação que integra um contrato (negócio jurídico bilateral), uma convenção ou modalidade outra de acerto de vontades entre partes capazes para tanto. Já a culpa extracontratual ou aquiliana fundamenta-se na regra geral de não lesar a outro, sem que os envolvidos façam parte de uma relação contratual previa em sentido estrito.

A teoria da responsabilidade subjetiva tem raízes basicamente na demonstração de que a ação produtora do dano é atribuível ao agente a título de culpa, seja na produção da lesão, seja assumindo como evento previsível, como ainda dando ao desfecho por força de afoiteza, desleixo, despreparo ou conduta antijurídica. As características inerentes a teoria, pode-se dizer que o direito brasileiro optou pelo dano como pressuposto essencial da responsabilidade civil, somente noutras circunstâncias. O fator concreto (conduta mais culpa) dever-se-á

⁴⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20-21.

⁴¹ MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: LTR, 2014, p. 14-15.

⁴² Idem, p. 16

associar o elemento anímico (culpa), do que emergirá a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparar.⁴³

Na verdade, para os hospitais e instituições de saúde, respondem civilmente na forma objetiva juridicamente, este direito está pré-determinado pela Constituição Federal e pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor), onde fica claro que os empregadores respondem pelos seus funcionários sejam eles contratados ou prepostos. Sendo que quando o hospital é público o governo será responsabilizado pelas atitudes dos seus colaboradores, sendo eles funcionários de uma autarquia do governo.

2.3 Teoria Objetiva no Sistema Hospitalar

A partir da revolução industrial, em razão de algumas atividades desenvolvidas, constatou que a responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa e não atendimento de forma adequada à necessidade de soluções para diversos novos problemas, fazendo surgir então a questão voltada para indenização para a vítima.⁴⁴

Houveram grandes mudanças operando, no sistema judiciário e uma delas foi quanto a inversão do ônus da prova, pelo qual a vítima não mais necessita provar que o agente agiu com culpa, esta ideia pré existe. Cabendo ao causador do dano provar que não agiu com culpa, dolo ou imperícia. Com base nesta teoria, o autor do dano tem que mostrar que não existe nexo causal entre o dano e o agente que praticou a conduta ilícita.⁴⁵

O Brasil adotava consoante dito alhures, o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil. Podemos reconhecer que a maioria dos eventos danosos deixaram sem respostas os ofendidos, que suportariam inerte os danos sem razão da carência de previsão normativa a viabilizar a indenização do pleito reparatório.

⁴³ MATIELLO, Fabricio Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: LTR, 2014, p. 15-17.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.443

⁴⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil e Erro Médico**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21-24.

A tese sem verificação da culpa mostra-se inviável a indenização dos prejuízos provocados, podendo perde-se no véu do tempo, porque o direito em constante aperfeiçoamento, idealizou um mecanismo de substituição da ideia de culpa pela da responsabilidade sem a presença desse elemento. Visando precipuamente dotar os lesados de meios que proporcionassem a procura de reestruturação patrimonial a partir da só ocorrência da lesão, sem olhar o fato da culpa que movera o agente do dano no momento do fato ou ato prejudicial.

A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnica profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, responsabilidade esta que é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa do médico. Nesse sentido o Código Civil nos artigos 186 e 951, bem como a STF Súmula nº 341 de 13.12.1963, que diz sobre a presunção, a culpa do patrão ou comitente em ato culposo do empregado ou preposto: “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”, sendo portanto presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou do seu preposto.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, entra em conflito com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para prestador de serviço, neste caso o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços únicos e exclusivamente relacionados, com o estabelecimento propriamente dito, ou seja aqueles que digam respeito a estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, radiologia, nutrição, equipamentos) e não as serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo assim uma relação subjetiva de preposição (culpa).⁴⁶

Com constituição de 1988, todos os prestadores de serviços, com base no art. 37, §6, mudou a base jurídica dando responsabilidade objetiva e direta a todos prestadores de serviço públicos, passando a estado a responder diretamente pelos atos de seus empregados ou prepostos, com base no risco administrativo, por fato próprio da empresa, e não mais fato de outrem.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiro, 2014. p. 449-451.

Seguindo a linha de raciocínio o Código de Defesa do Consumidor assumiu a postura, somente com mais amplitude nos serviços, pela responsabilidade direta da empresa ou de seus fornecedores a atuação do empregado fica desconsiderada.

Por conseguinte, absolvida a atividade da própria empresa ou empregador, de modo a não ser mais possível falar de fato em outrem. Responde ao fornecedor direta e objetivamente perante terceiros, tendo apenas o direito de regresso contra o empregado ou preposto que tiver culpa.⁴⁷

Também se encontra farta jurisprudência em nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, a reparação de danos morais pagas pelos hospitais por imperícia, do corpo médico após uma cirurgia decisão neste caso parcial, conforme abaixo:

REPARAÇÃO DE DANOS - CIRURGIA - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ATO DE PREPOSTO - IMPERÍCIA MÉDICA - ESQUECIMENTO DE OBJETO CIRÚRGICO NO CORPO DA PACIENTE - ERRO MÉDICO CARACTERIZADO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO - DANO MATERIAL - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1) - O ESQUECIMENTO DE GAZE CIRÚRGICA NO VENTRE DA PACIENTE DURANTE UM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, DANDO ENSEJO À NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OUTRA CIRURGIA COM INCISÃO LONGITUDINAL E DELA RESULTANDO EM CICATRIZ PROEMINENTE NO ABDÔMEN, CONFIGURA DANOS DE ORDEM MORAL E ESTÉTICOS. 2) - PROVADA A CULPA DO MÉDICO, QUE AGIU COM IMPERÍCIA NO TRATAMENTO DA PACIENTE, HÁ DEVER OBJETIVO DE INDENIZAR POR PARTE DO HOSPITAL, POIS APLICÁVEL À ESPÉCIE OS ARTIGO 14 DO CDC, E SEUS PARÁGRAFOS, E 932, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, DEVENDO O HOSPITAL SER RESPONSABILIZADO NÃO SÓ PELO SERVIÇO DEFEITUOSO, MAS TAMBÉM PELA CONDUTA CULPOSA DE SEUS EMPREGADOS E PREPOSTOS, NO EXERCÍCIO DO TRABALHO QUE LHESS COMPETIR. 3) - O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVE OBEDECER AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, DE FORMA QUE O VALOR SIRVA PARA REPARAR O DANO EXPERIMENTADO E DE PREVENÇÃO PARA QUE O FATO NÃO SE REPITA, DE FORMA A ATINGIR O SEU CARÁTER PEDAGÓGICO COM RELAÇÃO AO VIOLADOR DO DIREITO DE PERSONALIDADE, DEVENDO SER REDUZIDO QUANDO SE MOSTRA EXCESSIVO. 4) - NÃO HAVENDO COMPROVAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS COM O EVENTO DANOSO, NÃO DEVEM SER OBJETO DE CONDENAÇÃO. 5) - RECURSOS CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiro, 2014. p. 449-451.

CONCEDIDO PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS.⁴⁸

Das decisões dos tribunais podemos afirmar que os tribunais do Rio Grande do Sul, se utilizam da tese da responsabilidade objetiva para atribuição da responsabilidade do hospital imperícia do médico, foi proferida a sentença no princípio da razoabilidade, e na prevenção que tais acontecimentos não se repitam.

A Responsabilidade civil do hospital, está ligada a responsabilidade objetiva, conforme já afirmamos, não cabendo perquirir sobre o eventual culpa da conduta médica, do pessoal auxiliares, ou de falhas dos equipamentos, significando dizer que bastará ao lesado a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo nosocômio, para fazer surgir o dever indenizatório.

Cabe lembrar que embora o profissional liberal responda mediante a aferição da culpa (exceção contida no artigo 14, §4º do CDC), sendo que à exceção aplicam-se ao hospital, tendo em vista a responsabilidade objetiva, devendo ser enquadrada no caput do artigo 14 da Lei nº 8.078/90. Sendo evidente que esta lei se aplica no caso, tendo em vista o vínculo empregatício entre profissional e hospital, e então a questão da culpa será afastada, restando o hospital com culpa objetivamente, tendo em vista que o erro médico se equipara a uma falha na prestação de serviço.

O direito consumerista deixa claro a responsabilidade civil objetiva dos hospitais, cujo os fundamentos se assentam, fundamentalmente no princípio da boa-fé e da transparência e nos deveres de segurança e informação, tornando secundária a discussão acerca da responsabilidade contratual ou extracontratual, da *culpa invigilando* ou mesmo *in elegendo*. Como diz Tereza Ancona Lopez “a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima e, principalmente o risco que pesa sobre essa atividade, que tem que ser absorvido pelas pessoas jurídicas.”⁴⁹

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.civel.5:acordao:2012-05-23;592535>>. **Acórdão nº 592535** do Processo nº20060110171300apc. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁴⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil do Erro Médico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 139.

É possível isentar o hospital desde que fique provado a ocorrência de uma excludente contida no Código de Defesa do consumidor, quais sejam: inexistência do defeito no serviço prestado, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (art. 14, §3º do CDC). Embora expressamente previsto no sistema consumerista e previsto em lei nosso entendimento é que o caso fortuito ou de força maior, desde que decorrente de causa externa ao serviço prestado, poderá ser tido como eximem-te tendo em vista ser causa de quebra do nexo de causalidade.

Existem alguns doutrinadores que seguem uma linha de pensamento, defendendo o hospital, que este responderia de forma subjetiva pelos danos causados, que seus funcionários médicos causassem aos pacientes, ampliando a exceção prevista no parágrafo 4º da Lei 8.078/90. A ideia principal seria: que somente com culpa comprovada ambos, médico e hospital poderiam responder solidariamente ao processo de responsabilidade civil, propriamente dito, sendo que teriam responsabilidade objetiva. Podendo admitir que neste caso não existia a responsabilidade por parte dos médicos como subjetiva, e que todos responderiam de forma igual, como objetiva.⁵⁰

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, com autoridade de quem foi um dos elaboradores do código de Defesa do consumidor, leciona que a exceção se aplica apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que eles integrem ou para as quais prestem serviços. Explicitamente o Código é claro e asseverar que só para responsabilidade pessoal, dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa, logo podemos determinar que se o médico trabalha para um hospital responderá somente pela culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

O Código de Defesa do Consumidor vem ao encontro da vulnerabilidade dos problemas existentes o consumidor, parte da relação consumerista, este código atendeu ao dispositivo na Constituição federal contida no artigo 5º, inc. XXXII, que prevê que o “*Estado promovera, na forma da lei, a defesa do consumidor*”, no artigo 48 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, que determina que no prazo 120 dias o *Congresso Nacional* promulgará o *Código de Defesa do Consumidor*, de

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade *In: Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63-82.

modo a garantir e fortalecer a cidadania. Sendo visto por vários que o CDC igualou o consumidor ao fornecedor em direitos.

Assim o CDC deu um significado mais amplo e definitivo, específico as denominações de consumo, consumidor e fornecedor tendo regra, com base nestas regras os hospitais, nosocômios e similares responde de forma objetiva, dentro da ótica de bem aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

2.4 Nexo Causal dos Danos

O nexos causal é a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou a responsabilidade pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento que sem a sua ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretende interpor qualquer ação de responsabilidade civil.⁵¹

A lógica é que dano somente poderá gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e seu causador ou responsável, ou ainda como diz Savatier, “*um dano só produz responsabilidade quando ele tem por causa falta cometida ou um risco legalmente sancionado*”.⁵²

O Código Civil brasileiro vê como a teoria do risco e pressuposto da responsabilidade encontra-se centrado no dano e no nexos causalidade, provas que incumbem a vítima de demonstrar. Nunca esquecendo que a sede de responsabilidade objetiva, a vítima, embora não precise comprovar a culpa do agente, deverá obrigatoriamente provar o dano e o nexos causalidade que ligue o evento danoso ao responsável pela atividade.⁵³

Mesmo tratando-se de responsabilidade de efeito contratual, não se prescinde do nexos causalidade, porque só se pode falar em dano indenizatório quando existe uma relação de causa e efeito entre descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido pelo paciente. A matéria é bastante complexa, mas Cavalieri aborda a

⁵¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil do Erro Médico**. 3. ed São Paulo: Atlas, 2014. p.46.

⁵² Idem, p. 53.

⁵³ Idem, p. 47.

questão de modo simples, “[...] quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, portanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre fato e dano”.

A havendo a hipótese de causalidade de múltiplas, quando existe uma cadeia de condições, sendo que várias circunstâncias ocorreram para o evento danoso, teremos que declara qual delas é a verdadeira causa do evento danoso ao paciente.⁵⁴

Apesar do nosso código civil não expressar a teoria do nexos causal, adequadamente na exata medida, mas se tratando de perdas e danos é usada no mesmo, o artigo 403, do Código Civil fica clara com a expressão “*por efeito dela o direito e imediato [...], porque no entender encontra-se aí a causa mais diretamente ligada ao evento, portanto, mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas.*”⁵⁵

Podemos citar teoria equivalência das condições, chamada de teoria “*condition sine qua non*”, procurando atribuir a toda e a qualquer circunstância que tenha ocorrido dano, a qualidade de uma causa e a existência de um ato. Por esta teoria qualquer coisa poderá ser suficiente para gerar dano, assim sua equivalência está a par de que, suprimida uma das causas, o dano não se verificaria, sendo esta teoria adotada no direito penal. Vários autores criticam esta teoria, pelo fato de produzir uma exasperação da causalidade e a regressão infinita do nexos causalidade, neste não somente o hospital deveria ser culpado, mas também o médico e a equipe toda, o que na verdade seria um absurdo.

A mera existência de culpa não leva sempre e necessariamente à conclusão de que há responsabilidade civil do agente, pois o resultado nocivo muitas vezes advém da causa desvinculada da atuação culposa, devendo sua ocorrência a situação totalmente dissociada da atitude alega como irregular. Mesmo o fortuito poderá ter lugar, ocasionando o desfecho prejudicial à saúde do enfermo, o que geralmente leva a liberação do médico de qualquer responsabilidade, ou á

⁵⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. Responsabilidade civil por erro médico. **Revista Direito Administrativo**, v. 229, p.125-134, jul./set., 2002.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade **In: Temas de direito civil**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63-82.

atenuação desta se o evento fortuito teve relação apenas mediante com o dano, sem chegar a se constituir em causa direta e imediata.

Os atos dos médicos refletem na responsabilidade jurídica do hospital, responsável por danos causados a terceiros, sendo que um destes pressuposto seriam o nexos de causalidade. Não poderia ser diferente, pois a demanda dos tribunais por danos derivadas de erros atribuídos aos hospitais, médicos ou profissionais da saúde estariam condenadas quase sempre a rotundo fracasso, o que se divorcia do espírito da lei e do princípio da justiça.

Como exemplo o acórdão abaixo, que utiliza o nexos de causalidade, corroborando com este entendimento colaciona-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) neste mesmo sentido, *in verbis*:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COMPROVAÇÃO. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO CORRETO. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. SOMENTE OS DEMONSTRADOS. DANOS MORAIS QUANTUM FIXADO. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO PARA QUANTIA COMPATÍVEL. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. MÍNIMA DO AUTOR. RESPONSABILIDADE DO RÉU NO PAGAMENTO INTEGRAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. TODO E QUALQUER DIREITO OU AÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, SEJA QUAL FOR A NATUREZA, PRESCREVE EM CINCO ANOS, CONTADOS DA DATA DO ATO OU FATO DO QUAL SE ORIGINAR (ART. 1º, DECRETO 20.910/32), INICIANDO-SE O PRAZO COM O CONHECIMENTO DO FATO QUE DEU ORIGEM À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO. 2. AAUSÊNCIA DA ESPECIALIDADE EM HEMATOLOGISTA DO PERITO INDICADO PELO JUÍZO NÃO LHE RETIRA A ISENÇÃO NECESSÁRIA, MANTENDO-SE SUA CONDIÇÃO DE PROFISSIONAL HABILITADO A REALIZAR O TRABALHO TÉCNICO CIENTÍFICO, PRINCIPALMENTE QUANDO AUSENTE QUALQUER INDÍCIO DE PROVA QUE DESMEREÇA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. 3. SENDO O JUIZ O DESTINATÁRIO DA PROVA CUMPRE A ELE VERIFICAR AS QUESTÕES CUJA CONTROVÉRSIA DEVE SER DIRIMIDA, DAQUELAS DESNECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DO FEITO, PODENDO APRECIAR LIVREMENTE O QUE CONSTA DOS AUTOS PARA A FORMAÇÃO DE SEU CONVENCIMENTO (ARTIGOS 130 E 131 DO CPC). ALÉM DISSO, NÃO HÁ COMO AUTORIZAR A JUNTADA DOS DOCUMENTOS QUE ACOMPANHAM A APELAÇÃO, EIS QUE A JUNTADA INTEMPESTIVA ENCONTRA VEDAÇÃO NO ARTIGO 397 DO CPC E VIOLA O DIREITO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DO RÉU, ALÉM DE REVELAR INOVAÇÃO DE PEDIDO E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA, SENDO QUE A QUESTÃO,

ADEMAIS, ESTÁ PRECLUSA. 4. PELA REGRA DISPOSTA NO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TEM-SE QUE A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL É OBJETIVA, BASEADA NA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, DECORRENTE DO DANO PROVOCADO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ASSIM, UMA VEZ DEMONSTRADA A IMPERÍCIA POR PARTE DA UNIDADE DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO HBDF NA ELABORAÇÃO DO DIAGNÓSTICO ERRADO DA DOENÇA QUE ACOMETIA O AUTOR E A EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA PRATICADA E O RESULTADO PRODUZIDO NO PACIENTE, INCIDE O DEVER DE INDENIZAR. NADA OBSTANTE, SOMENTE AS DESPESAS SUPOSTAS E DEMONSTRADAS DEVEM SER REEMBOLSADAS, A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS, BEM COMO OS HONORÁRIOS PERICIAIS DESPENSADOS. 5. O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVE SER MAJORADO, EIS QUE O AUTOR NÃO CONTRIBUIU PARA A OCORRÊNCIA DO ILÍCITO PERPETRADO, ALÉM DE NÃO TER SIDO CONSIDERADA PARA EFEITO DO ARBITRAMENTO A CIRCUNSTÂNCIA DO AUTOR SER PORTADOR DE HEPATITE C, CONTRAÍDA EM DECORRÊNCIA DO TRATAMENTO A QUE FOI DESNECESSARIAMENTE SUBMETIDO, SENDO QUE RELEVA O FATOS DO AUTOR HAVER SOFRIDO REAL RISCO DE MORTE EM, PELO MENOS, DUAS OCASIÕES E A CIRCUNSTÂNCIA DAS SEQÜELAS RESULTANTES DO TRATAMENTO DESNECESSÁRIO E PREJUDICIAL TER NÃO SOMENTE LIMITADO A FUNÇÃO LABORATIVA DAS ARTICULAÇÕES DO AUTOR, COMO TAMBÉM FINDOU POR REPERCUTIR NA QUALIDADE DA VIDA DO PACIENTE A PONTO DE RESULTAR EM SUA POSSÍVEL ABREVIÇÃO. 6. NAS CAUSAS EM QUE FOR VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA OS HONORÁRIOS SERÃO FIXADOS CONSOANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ (ARTIGO 20, § 4º, DO CPC), OBSERVANDO-SE AS ALÍNEAS A, B E C, DO § 3º DO ARTIGO 20, DO CPC, NA FIXAÇÃO DO VALOR. O FATOS DE O AUTOR HAVER DECAÍDO DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO RESULTA NA RESPONSABILIDADE DO RÉU DE RESPONDER POR INTEIRO PELAS DESPESAS E HONORÁRIOS. 7. RECURSOS CONHECIDOS. NEGOU-SE PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO INTERPOSTOS PELO DISTRITO FEDERAL. DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR⁵⁶

Foi proferida parcialmente a sentença tendo em vista que os relatores não vislumbraram o comprometimento da entidade e dos médicos, pelos erros causados

⁵⁶ **Acórdão nº 673535** do Processo nº20060110692502. Disponível em: <lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.civel.3:acordao:2013-03-20;673535. Acesso em: 20 abr. 2016.

2.5 Parâmetros do Tribunal para Indenizações - A Visão dos

Tribunais no Brasil

Conforme decisões do nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é verificada a culpa e a legitimidade dos fatos ocorridos com pedido de perícia, e demais pedidos que provem o ato culposos. Os hospitais normalmente são considerados culpados, as suas indenizações são ínfimas, variando entre 10 e 15 salários mínimos.

O cuidado com o enriquecimento ilícito fica claro, como preocupação entre os juristas, todas as decisões de danos materiais e morais não ultrapassam o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e as indenizações ficam normalmente entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), este sendo o máximo indenizatório.

Quando se trata de culpa médica, visto ser medicina ciência inexata, conjectural, aleatória mesmo, nem sempre é possível ao juiz afirmar, com segurança que o médico agiu de forma culposa. Isto porque o médico contraiu uma obrigação de meio, de prudência, diligência, atenção, zelo ou cuidado, em relação ao paciente, mas se vincula sempre a obtenção do resultado, da cura.⁵⁷

O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Osvaldo Stefanello, ao apreciar o pedido de uma liminar em um Mandado de Segurança, estendeu judiciosas considerações a respeito da análise da culpa, com a finalidade de antecipar a tutela satisfativa, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973. Sendo que o juiz deverá ter prudência e equilíbrio que não deverá ser confundida com medo ou receio de que o juiz possa estar errado, devendo assumir seu dever de ofício, tendo obrigação de enfrentar.⁵⁸

Tratando-se uma alegação de verossimilhança do que é afirmado, além do fundado receio de dano irreparável, fica clara a argumentação da autora, do perigo de grave dano, ou de difícil reparação de direito da requerente, neste caso. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem alegado que há dano material e moral,

⁵⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. **Revista Síntese de Direito e Processo Civil**, n. 4, p.128-154, mar. /abr., 2000.

⁵⁸ GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Revista Direito GV 6**, v.3, n. 21, p. 37-58, jul. /dez., 2007.

diante de erro médico e a responsabilidade civil do hospital, tendo o dever de indenizar a vítima, até mesmo impôs uma pensão mensal, para uma vítima, para custeio de despesas por um erro durante um parto.

Os tribunais confirmam as decisões dos recorridos quanto a responsabilidade objetiva da sociedade empresária do ramo da saúde, observando-se, ainda, que essa responsabilidade não equivale à imputação de uma obrigação de resultado; apenas lhe impõe o dever de indenizar, quando o evento danoso proceder de defeito do serviço, sendo cediça a imprescindibilidade do nexos causal entre a conduta e o resultado. Ademais, nos termos do §§ 1º e 4º, do art. 14, do CDC, cabe ao hospital, fornecedor os serviços, demonstrar a segurança e a qualidade da prestação de seus serviços, devendo indenizar o paciente (consumidor) que for lesado em decorrência de falha naquela atividade.⁵⁹

A responsabilidade dos hospitais, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90, passou a ser objetiva, levando em conta que são fornecedores de serviços, devendo, assim, responder independentemente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor.

Ainda, em que pese a aplicação das disposições contidas na lei consumerista, que coloca entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus interesses em juízo, comungue do entendimento de que esta facilitação ao consumidor em juízo não o livra de instruir o feito com as provas dos fatos constitutivos de seu direito, a teor do que dispõe o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.⁶⁰

Corroborando com este entendimento colaciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) neste mesmo sentido, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRESSÃO PERPETRADA POR ACOMPANHANTE DE PACIENTE CONTRA SERVIDORA DO HOSPITAL PÚBLICO. LESÃO CORPORAL. FALHA NO DEVER DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA.

⁵⁹ STJ, **REsp 1.145.728-MG**, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/6/2011. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2011-06-28;1145728-1129707>>. REsp 1145728. Acesso em: 12 maio 2016.

⁶⁰ STJRS, 10º Câ. Dir. Priv., **Ap. Civil 70062755673**, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.recursal.juizados.especiais.civeis.criminais.df.3:acordao:2015-02-24;851712>>. Acórdão nº 851712 do Processo nº20140110835817. Acesso em: 15 mar. 2016.

DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM MANTIDO. R\$ 5.000,00. 1. CONFORME VEM ENTENDENDO ESTA CORTE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO HÁ UMA OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO, OU SEJA, QUANDO A FALTA DE AGIR DO ENTE PÚBLICO É CAUSA DIRETA E IMEDIATA DE UM DANO, HÁ RESPONSABILIDADE OBJETIVA, BASEADA NA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E NO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2. A AGRESSÃO SOFRIDA PELA AUTORA NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL ONDE TRABALHA É FATO INCONTROVERSO, DONDE SE EXTRAÍ A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, JÁ QUE PRESENTE O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DESTA E O DANO SOFRIDO PELA AUTORA. 3. EVIDENCIADA A FALHA DO PODER PÚBLICO, TRADUZIDA NA AUSÊNCIA DE MEDIDAS PARA PROTEGER E RESGUARDAR A INTEGRIDADE FÍSICA DA AUTORA NO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, CONFIGURADA ESTÁ A OMISSÃO ESPECÍFICA, EMERGINDO DELA O DEVER DO ESTADO DE REPARAR OS DANOS MORAIS. 4. DEVE SER MANTIDO O VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL QUANDO ESTE NÃO SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO, A SITUAÇÃO DAS PARTES E COM CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 5. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 6. RECORRENTE CONDENADO A PAGAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM R\$200,00. 7. CONFIRMO, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, A SENTENÇA RECORRIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 46 DA LEI 9.099/95. (STJ, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão nº 851712 do Processo nº20140110835817acj, de 24.02.2015).⁶¹

O entendimento da justiça é como órgão público, a instituição responderá por seus colaboradores, funcionários, sendo o mesmo responsável por acontecimentos ocorridos em suas dependências, sendo que sua responsabilidade civil seria objetiva. É dever de o estado selar por seus pacientes, sendo assim o mesmo foi condenado nesta ação.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA N. 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA COMPROVADA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS ATOS DO PREPOSTO. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DANOS MORAL E ESTÉTICO. QUANTUM ARBITRADO DE FORMA RAZOÁVEL. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.recursal.juizados.especiais.civeis.criminais.df.3:acordao:2015-02-24;851712>>. Acórdão nº 851712 do Processo nº20140110835817. Acesso em: 13 abr. 2016.

APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DECISÃO MANTIDA. 1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso especial que alega violação do art. 535 do CPC e não demonstra, clara e objetivamente, qual ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido não foi sanado no julgamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 284 do STF. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu que houve negligência e falha no atendimento prestado pela recorrente, por isso, responsabilizou-a pelos danos sofridos pela autora. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a referida súmula. 4. A insurgência contra o valor arbitrado a título de indenização por dano moral também esbarra na vedação prevista na referida súmula. Apenas em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a quantia fixada, é possível a revisão do quantum por esta Corte, situação não verificada no caso dos autos. 5. O conhecimento do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional exige a indicação do dispositivo legal objeto de interpretação divergente, a demonstração do dissídio mediante a verificação das circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados e a realização do cotejo analítico entre elas, nos moldes exigidos pelos arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 373392 / BA, de 24.02.2015).⁶²

Também se encontra farta jurisprudência em nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, conforme abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA DO ANESTESISTA. PENSÃO POR MORTE DE MENOR. SÃO SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR A RESPONSABILIDADE CIVIL, A PROVA DO DANO CAUSADO PELO AGENTE PÚBLICO E O NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO AGENTE E OS DANOS, APENAS O PARTICULAR DEVE PROVAR QUE O ESTADO ESTAVA NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES PÚBLICAS, QUANDO LHE CAUSOU O DANO. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA É POSSÍVEL SE O AUTOR DEMONSTRAR A FORTE PLAUSIBILIDADE DE SEU DIREITO (VEROSSIMILHANÇA), MEDIANTE PROVA INEQUÍVOCA, E SE PROVAR TAMBÉM O PERICULUM IN MORA (ART. 273, I) OU, SE O AUTOR DEMONSTRAR O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA PELO RÉU, OU SEU INTUITO MERAMENTE PROTETÓRIO. A

⁶² Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;aresp:2015-02-24;373392-1414523>>. **AgRg no AREsp 373392**. Acesso em: 06 maio 2016.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA DETERMINAR O PAGAMENTO PARCIAL DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO, EM FAVOR DE PESSOA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL POR ATO IMPUTÁVEL OBJETIVAMENTE AO PRÓPRIO PODER PÚBLICO NÃO SE INSERE NAS VEDAÇÕES DA LEI Nº 9.494/97, POR NÃO SE REVESTIR A CAUSA PETENDI DE VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE MATIZ ESTATUTÁRIA. DE QUALQUER SORTE, AINDA QUE SE VERIFICASSE, IN CASU, ALGUMA DAS VEDAÇÕES ALI REFERIDAS, É FORÇOSO TER-SE EM CONTA QUE ESSAS NÃO POSSUEM CARÁTER ABSOLUTO. A MENCIONADA REGRA DE TUTELA AOS INTERESSES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, EM CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAIS, NÃO PODE PREPONDERAR SOBRE NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPONHAM O DEVER DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME.⁶³

Nesta ação de indenização configura imprudência por parte do corpo médico, pois neste caso não foi realizado os exames necessários. O hospital tem o dever de indenizar havendo responsabilidade objetiva, e os médicos tem deveres com o paciente de indenizar o mesmo, pois houve negligência evidenciada neste caso, falha no serviço reconhecidamente pela jurisprudência.

Também se encontra farta jurisprudência em nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, conforme abaixo:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLECISTECTOMIA VIDEOLAPAROSCÓPICA. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que a prova dos autos comprovou ter a infecção hospitalar sofrida pelo autor decorrido de falha na assepsia dos materiais utilizados em procedimento cirúrgico, sedo impositivo o reconhecimento do dever de indenizar do hospital demandado. O fato de ter sido utilizado esterilizante indicado pela ANVISA não implica em afastamento do dever de indenizar, por ser objetiva a responsabilidade da ré e ter sido verificada a presença de inúmeras irregularidades na sala de desinfecção do nosocômio pela autoridade competente. Sentença mantida. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a dor e o sofrimento

⁶³ Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.civel.5:acordao:2006-06-28;253730>>. **Acórdão nº 253730** do Processo nº20060020006092. Acesso em: 01 maio 2016.

suportados pela parte autora em razão da infecção hospitalar sofrida, resta caracterizado o *danum in re ipsa*, que prescinde de prova quanto à ocorrência de prejuízo concreto. Precedentes desta Corte. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum arbitrado na origem deve ser mantido em R\$ 18.000,00, acrescidos de correção monetária conforme determinado no ato sentencial. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora incidem a contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. Manutenção da sentença, no tópico. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. Verba honorária, observadas as peculiaridades do caso, majorada para 15% sobre o valor da condenação, que se mostra adequado à espécie e atento ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA RÉ DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064786775, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/05/2015).⁶⁴

Neste acórdão foi majorado sentença de modo parcial, o hospital foi condenado culpado a paciente adquiriu infecção hospitalar, após cirurgia realizada por vídeo.

Também encontra-se farta jurisprudência em nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ, conforme abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL, MÉDICO E HOSPITAL. INVERSAO DO ONUS DA PROVA RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS. MATERIA DE FATO E JURISPRUDENCIA DO STJ (RESP.N:122.505-SP). 1.NO SISTEMA DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR A "RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS SERA APURADA MEDIANTE A VERIFICACAO DE CULPA"(ART.14,PAR.4). 2.A CHAMADA INVERSAO DO ONUS DA PROVA,NO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR,ESTA NO CONTEXTO DA FACILITACAO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR,FICANDO SUBORDINADA AO "CRITERIO DO JUIZ,QUANDO FOR VEROSSIMIL A ALEGACAO OU QUANDO FOR ELE HIPOSSUFICIENTE,SEGUNDO AS REGRAS ORDINARIAS DE EXPERIENCIAS"ART.6,VIII).ISSO QUER DIZER QUE NAO E AUTOMATICA A INVERSAO DO ONUS DA PROVA. ELA DEPENDE DE CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS QUE SERAO APURADAS PELO JUIZ NO CONTEXTO DA FACILITACAO DA DEFESA"DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.E ESSAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS,

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Relator+PAULO+ROBERTO+LESSA+FRANZ>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

NESSE CASO, NAO FORAM CONSIDERADAS PRESENTES PELAS INSTANCIAS ORDINARIAS. (Recurso Especial Nº 171988, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Waldemar Zveiter, Julgado em 24/05/1999).⁶⁵

Como mencionado anteriormente, em meu trabalho a entidade tem responsabilidade sob seus funcionários, colaboradores e profissionais liberais, os quais prestam serviço no hospital.

2.6 Responsabilidade do Hospital por Infecção

O paciente é internado para realizar uma cirurgia simples ou tratamento clínico que exige breve internação. Os males o paciente encontra cura, mas sobre vem um violento processo infeccioso, iniciado durante a hospitalização, apesar dos esforços este paciente vem a óbito, ocasionado pela infecção. Tais infecções são denominadas hospitalares por surgirem no interior do hospital, causadas por microrganismos que se desenvolvem no próprio hospital.

O desdobramento desta e de muitas outras ocorrências são as ações indenizatórias, que fluem em considerável número nos tribunais. Os tribunais brasileiros não têm estatísticas existentes para o número de ações existentes, tais referências pode-se citar como exemplo a França. As infecções bacterianas representam 90% das infecções hospitalares, prolongando assim a permanência de paciente hospitalizados, em média dez mil pessoas morrem por ano vítimas de infecções hospitalares, trata-se de um grave problema de ordem pública.⁶⁶

As infecções hospitalares continuam a ser uma das maiores causas de morte, e de internação prolongada, e conseqüentemente do aumento de litígios em matéria de responsabilidade civil. No Brasil como na Argentina majoritariamente a jurisprudência que rotula a infecção como defeito do serviço prestado pelos hospitais e faz incidir à espécie a responsabilidade objetiva, consagrada, entre nós, no Código de Defesa do Consumidor.⁶⁷

⁶⁵Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:1999-05-24;171988-270837>>. REsp 171988. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁶⁶VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420-425.

⁶⁷KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Hospital**. São Paulo: RT, 2012. p.221.

Considera-se descumprida a obrigação tácita, contraída pelo estabelecimento, de assegurar a incolumidade do paciente internado em suas dependências. No STJ o Ministro Cesar Asfor Rocha asseverou que o “hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si.”

Para comprovar a responsabilidade do hospital nesta questão, todavia deverá ser comprovada que o paciente não apresentava nenhum quadro infeccioso ou apresentava imunidade baixa, a infecção poderia ser gerada pelo próprio organismo considerada como endógena, a infecção surgiu quando o paciente se encontrava sob o exclusivo controle do hospital e dos respectivos médicos e que a infecção foi causa por agente tipicamente hospitalar.⁶⁸

Para tentar diminuir os casos de infecção dentro da instituição, e tentar controlar as infecções hospitalares foi aprovada uma lei nº 9.431, em 06 de janeiro de 1997 dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção do Programa de Controle de Infecção Hospitalar pelos hospitais do País. Tal Lei foi regulamentada pela Portaria n. 2.616/MS/GM, de 12.05.1998, como os diplomas legais anteriores, impõe rigoroso controle da contaminação ambiental de hospitais e casas de saúde, sem obrigatória a constituição e manutenção de CCIH (comissão de Controle de Infecção Hospitalar) independente da entidade mantenedora do nosocômio.⁶⁹

Nas demandas indenizatórias originárias de infecção hospitalar, as vítimas argumentam que se submetem a cirurgias limpas, tendo o processo infeccioso se instalado após a internação. Embora aplique-se aos serviços hospitalares as disposições do CDC, referentes à responsabilidade objetiva, sistema consagrado pela lei protetiva e que pressupõe a inversão do ônus da prova, nada impede que a vítima prove, ela mesma, a omissão configuradora da negligência do hospital da qual resultou a infecção.⁷⁰

No contexto seria necessário frisar a teoria do risco, derivante aguda da responsabilidade civil objetiva, que redundaria na imposição do dever de indenizar tão só em face do dano e da permanência do enfermo no hospital. Nesse caso, nem

⁶⁸ LOPES, Renan Hfuri. Responsabilidade Civil do médico, do anestesista, do hospital e da equipe médica. **Revista COAD**, nº V, p. 35, jan./2004.

⁶⁹ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 223.

⁷⁰ Idem, p 225.

mesmo a infecção preexistente, ou decorrente da enfermidade em si, poderia afastar a obrigação do hospital. Tal exacerbação não se coaduna com a ordem jurídica vigente entre nós. Aplicando-se às hipóteses de infecção hospitalar, por conseguinte, as excludentes de responsabilidade civil. Não se trata de responsabilidade objetiva agravada, como demonstra a jurisprudência.⁷¹

Corroborando com este entendimento colaciona-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) neste mesmo sentido, *in verbis*

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. FECUNDAÇÃO IN VITRO. RECURSO ESPECIAL. 1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC na hipótese em que o não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso tenha como consequência apenas decisão desfavorável aos interesses do recorrente. 2. Médico que deixa de prestar assistência pós-cirúrgica a paciente que tem seu estado de saúde agravado, alegando que a piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, mas de outras causas, encaminhando-a a profissionais diversos, deve responder pelo dano ocasionado à paciente, pois deixou de agir com a cautela necessária, sendo negligente. 3. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal pressupõe a coincidência das teses discutidas, porém, com resultados distintos. 4. Recurso especial não-conhecido. Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. A Dra. Renata do Amaral Gonçalves sustentou oralmente pelo recorrente, Ricardo Teixeira Sertã, e o Dr. Octávio Augusto Brandão Gomes, pela recorrida, Steliane Viana Marques. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

IMPOSSIBILIDADE, RECONHECIMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL, MÉDICO, POR, IMPERÍCIA, PARA, INDENIZAÇÃO, PACIENTE (MEDICINA), POR, ERRO MÉDICO / HIPÓTESE, PACIENTE (MEDICINA), MULHER, REALIZAÇÃO, TRATAMENTO MÉDICO, EM, CLÍNICA PARTICULAR, COM, OBJETIVO, FACILITAÇÃO, GRAVIDEZ, E, APÓS, REALIZAÇÃO, CIRURGIA, OCORRÊNCIA, INFECÇÃO HOSPITALAR, COM, RESULTADO, NECESSIDADE, REMOÇÃO DE ÓRGÃO, E, IMPOSSIBILIDADE, OBTENÇÃO, GRAVIDEZ, EM, CARÁTER PERMANENTE; EXISTÊNCIA, AJUIZAMENTO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, POR,

⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.245-250.

DANO MATERIAL, E, MORAL, PELA, PACIENTE (MEDICINA), COM, ALEGAÇÃO, EXISTÊNCIA, IMPERÍCIA, MÉDICO, MOMENTO, REALIZAÇÃO, CIRURGIA, E, OCORRÊNCIA, NEXO DE CAUSALIDADE, FORMA DIRETA, ENTRE, ATIVIDADE, MÉDICO, UTILIZAÇÃO, EQUIPAMENTO MÉDICO, E, DANO IRREPARÁVEL / DECORRÊNCIA, FALTA, COMPROVAÇÃO, AUTOS, NEXO DE CAUSALIDADE, ENTRE, ATIVIDADE, MÉDICO, MOMENTO, UTILIZAÇÃO, EQUIPAMENTO MÉDICO, EM, CIRURGIA, E, DANO; NÃO CARACTERIZAÇÃO, IMPERÍCIA. EXISTÊNCIA, RESPONSABILIDADE CIVIL, MÉDICO, POR, NEGLIGÊNCIA, PARA, INDENIZAÇÃO, PACIENTE (MEDICINA), POR, ERRO MÉDICO / HIPÓTESE, PACIENTE (MEDICINA), MULHER, REALIZAÇÃO, TRATAMENTO MÉDICO, EM, CLÍNICA PARTICULAR, COM, OBJETIVO, FACILITAÇÃO, GRAVIDEZ; OCORRÊNCIA, AGRAVAMENTO DE DOENÇA, PERÍODO, PÓS-OPERATÓRIO; EXISTÊNCIA, EXAME MÉDICO, E, ALEGAÇÃO, PELO, MÉDICO, RESPONSÁVEL, INEXISTÊNCIA, NEXO DE CAUSALIDADE, ENTRE, AGRAVAMENTO DE DOENÇA, E, CIRURGIA; ENCAMINHAMENTO, PACIENTE (MEDICINA), PARA, MAIS DE UM, MÉDICO, DIVERSIDADE, ÁREA, SAÚDE, SEM, SUFICIÊNCIA, ACOMPANHAMENTO MÉDICO; EXISTÊNCIA, POSTERIOR, INFECÇÃO HOSPITALAR, COM, RESULTADO, NECESSIDADE, REMOÇÃO DE ÓRGÃO, POR, OUTRO, MÉDICO, E, IMPOSSIBILIDADE, PACIENTE (MEDICINA), OBTENÇÃO, GRAVIDEZ, EM, CARÁTER PERMANENTE; OCORRÊNCIA, AJUIZAMENTO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, POR, DANO MATERIAL, E, MORAL, E, TRIBUNAL A QUO, CONDENAÇÃO, MÉDICO, INDENIZAÇÃO, PACIENTE (MEDICINA), COM, ENTENDIMENTO, COMPROVAÇÃO, NEGLIGÊNCIA, SEM, NECESSIDADE, UTILIZAÇÃO, LAUDO PERICIAL / CARACTERIZAÇÃO, NEGLIGÊNCIA, MÉDICO, ÂMBITO, PROFISSÃO, E, NÃO, APENAS, ÂMBITO, TÉCNICO; EXISTÊNCIA, SUFICIÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO, ACÓRDÃO RECORRIDO, APESAR, DESCONSIDERAÇÃO, LAUDO PERICIAL, MOMENTO, APRECIACÃO, PROVA; OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIACÃO DA PROVA, PELO, JUIZ. IMPOSSIBILIDADE, STJ, APRECIACÃO, ALEGAÇÃO, OCORRÊNCIA, ERRO MÉDICO, ÂMBITO, RECURSO ESPECIAL / HIPÓTESE, MÉDICO, REALIZAÇÃO, CIRURGIA, PARA, REMOÇÃO DE ÓRGÃO, PACIENTE (MEDICINA), COM, RESULTADO, IMPOSSIBILIDADE, GRAVIDEZ, COM, OBJETIVO, PRESERVAÇÃO, SAÚDE, PACIENTE (MEDICINA), VÍTIMA, INFECÇÃO HOSPITALAR, DECORRÊNCIA, ANTERIOR, CIRURGIA / DECORRÊNCIA, INEXISTÊNCIA, ANTERIOR, DISCUSSÃO, SOBRE, MATÉRIA, AUTOS; APLICAÇÃO, SÚMULA, STJ, PREVISÃO, INADMISSIBILIDADE, REEXAME, MATÉRIA DE FATO, E, MATÉRIA DE PROVA, EM, RECURSO ESPECIAL.⁷²

⁷² RESP 914329. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2008-08-19;914329-875276>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

O acordo acima condena o médico a pagar indenização ao paciente, que após procedimento cirúrgico, adquire infecção hospitalar e é obrigada a retirada de órgão impossibilitando possível gravidez futura.

Em mecanismo que lembra a regra constitucional da responsabilidade objetiva contra administração pública, no caso de infecção hospitalar as entidades prestadoras de serviços na área das saúde respondem a partir da concretização, no plano material, do risco abstratamente assumido em razão da natureza mesma de suas atividades, ou seja, a teoria objetiva funciona em moldes que sugerem a existência de risco cuja assunção se dá singelamente pela espécie de tarefa a que se entregam os estabelecimentos de saúde.⁷³

Para verificarmos o dano emerge imediato e a responsabilidade civil, exceto quando ilidida por prova cabal no sentido do agir culposos da vítima na produção do resultado nocivo, ou que este derivou de caso fortuito ou força maior insuperáveis, Há inversão do ônus da prova, instituto cujo desiderato é facilitar a distribuição da justiça em circunstâncias nas quais a prova, que por regra geral deveria ser produzida pelo lesado, passa a ser incumbência do apontado como lesante por determinação legal.

Caso fosse respeitada a normatização vigente, por certo os estabelecimentos de saúde correriam menos riscos quanto à infecção hospitalar, até porque o controle não exige maiores gastos ou grandes esforços, bastando a observância de determinadas regras de higiene e desinfecção ambiental. Para tanto existe a Comissão de Controle de Infecção Hospitalar não significa, isoladamente, que o estabelecimento estará isento de responsabilidade na hipótese de que o mesmo assim que mal venha a acontecer. Ao contrário, a implantação deste mecanismo de prevenção ao combate funciona como uma espécie de pré-requisito para se mostrar possível a instituição argumentar em sentido contrário à impugnação formulada pelo lesado; a defesa portanto, passará também pela regular existência e adequada atuação da comissão, associada a alguma causa ilusiva da pretensão, conforme explanada.⁷⁴

⁷³ MATIELLO, Fabricio Zamproga, **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: LTR, 2014. p. 112-113.

⁷⁴ Idem, p. 115-116.

Na verdade com existência desta comissão de infecção hospital e bem possível que ocorra a condenação da instituição à indenização por danos experimentado pelo paciente, contanto que haja a infecção hospitalar do paciente comprovada e desenvolvida vinculando a instituição à causa desta.

Afora as infecções ditas hospitalares que tem como ponto de partida os germes instalados nas dependências materiais da instituição hospitalar (paredes, pisos, camas, roupas e etc.) e vias de regra são de responsabilidade exclusiva do estabelecimento, há situação em que infecção é produzida por deficiente assepsia dos equipamentos ou com os profissionais que mantêm contato com o paciente.

É importante que se estabeleça fundamentalmente diferença entre infecção hospitalar em cirurgia e infecção cirúrgica, eis que , enquanto a primeira tem origem nas más condições do ambiente, nos equipamentos utilizados ou na falata de higiene dos profissionais que atendem o enfermo, a segunda tem lugar em função de consequências inerentes à própria intervenção, tendo em vista o quadro clínico apresentado e seu prognóstico normal, a espécie de moléstia que atacou o paciente, estado anterior que se encontrava e outras causa.⁷⁵

Acredita-se que após várias ocorrências jurídicas relevantes causadas por infecção hospitalar, é possível que a conduta destas instituições mudem e isso venham a roborar a existência de responsabilidade civil do estabelecimento de saúde, inclusive agravando-a em termos de extensão na qualificação do motante indenizatório ou reparatório. Isso tem lugar, exemplificativamente, quando, diante de quadro infeccioso devidamente constatado e sério, contraído no ambiente hospitalar, deixa-se de proceder ao tratamento exigido, o que consubstancia imperícia ou negligência, conforme as variantes do caso. Destarte, neste caso a responsabilidade objetiva inicial junta-se a culpa posterior na definição do dever de indenizar, podendo ser demandado no forma objetiva a instituição, e na forma subjetiva todos os que contribuíram para produção do resultado, desta forma também incluindo o hospital,

⁷⁵ MATIELLO, Fabricio Zamproga, **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: LTR, 2014. p. 118.

solidário atrelado à obrigação por infração aos deveres de seleção e vigilância em relação aos que se valem de suas dependências para o exercício da medicina.⁷⁶

⁷⁶ MATIELLO, Fabricio Zamprogna, **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: LTR, 2014. p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os hospitais utilizam-se de equipes de colaboradores prestando serviços como profissionais médicos, enfermeiros, nutricionistas, funcionários, colaboradores e de serviço de hotelaria, todos estes colaboradores passam por uma verdadeira maratona diariamente. Toda esta mobilização para melhor atender o cliente tem um preço, caso algo não saia dentro das normas consideradas razoáveis o hospital responde pelos atos realizados por seus colaboradores, sejam eles contratos ou empregados. A responsabilidade civil objetiva já foi consolidada na nossa jurisprudência através dos acórdãos existentes, através da nossa legislação e pela legislação, nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC) e nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O número de demandas judiciais em nosso país cresceu desafiadoramente, esta relação consumerista respaldada pela jurisprudência, nossos Códigos estão sendo vistos com outros olhos pelo consumidor e pelo fornecedor, neste caso os hospitais. Uma relação de consumo existente por lei, no Código de Defesa do Consumidor, devendo corroborar com nossas escolhas como consumidores, nossas necessidades são atendidas por entidades e instituições médicas, que visam o bem-estar do paciente, cliente e consumidor.⁷⁷

As relações consumeristas se multiplicam e com elas também as questões no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Neste contexto, observa-se que a responsabilidade cabe ao estabelecimento, no caso em tela ao hospital, sendo sua responsabilidade objetiva, como conceito existente e claramente consagrado na jurisprudência e doutrina.⁷⁸

Isso acontece justamente porque o médico na maioria das vezes não teve intenção de errar, sendo que sua responsabilidade seria sempre subjetiva, pois cabe ao hospital comprovar a culpa do médico, e que sua responsabilidade deve ser objetiva para responder pelos danos causados.

⁷⁷ ZANCHIN, Marco Túlio Rohrig. **Infelizmente em obstetrícia, aspectos morais e éticos**. Caxias do Sul: Ed. São Miguel, 2013. p. 41-49.

⁷⁸ BORGES, Gustavo. **Erro Médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45-50.

No que refere ao dever do hospital pressupõe-se que o mesmo tem o dever de organizar, desinfetar, armazenar, etc, ter profissionais da área da saúde qualificados para prestarem um serviço de qualidade ao seu consumidor. O hospital colocar à disposição dos pacientes, não somente leitos, mas também pessoal qualificado, para tal existe o dever caracterizado pelo resultado do serviço prestado. Os hospitais respondem por atos culposos de seus prepostos, funcionários e todos os acontecimentos existentes dentro da instituição; sejam eles promovidos por funcionários ou terceiros, a instituição responderá objetivamente perante o Judiciário.⁷⁹

Existe ainda a responsabilidade de forma solidária, onde hospitais e médicos respondem frente à justiça por danos causados ao um terceiro, neste caso o paciente, consumidor. Fica claro que o hospital responde de forma objetiva e o médico de forma subjetiva, pois o hospital mantém uma relação de empregador com os médicos. Deste modo, exclui-se de forma expressa a responsabilidade objetiva do médico e qualifica-se o hospital como tal responsabilidade civil.⁸⁰

Neste trabalho mostra-se de modo claro a evolução da jurisprudência, referente a responsabilidade do hospital, suas nuances como instituição prestadora de serviços, sua responsabilidade frente aos tribunais atualmente e como são julgados os casos existentes em nosso país.

Com a vigência do novo código de processo civil, está havendo uma mudança da responsabilidade do médico, como autor, sua relação empregador e sua exclusão de maneira subjetiva. A responsabilidade passa a ser objetiva respondendo solidariamente por seus atos junto com a instituição e justiça.

⁷⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano Moral nas relações de consumo**: uma abordagem jurisprudencial. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 128-130.

⁸⁰ MEDEIROS, Luiz César. A Responsabilidade Civil das Casas de Saúde – Hospitais e entidades similares. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 556, p. 85-107, 2011.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade Médica**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito do dano moral. **Revista COAD**, São Paulo. p. 15/24, abr./2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. **Revista Síntese de Direito e Processo Civil**, n. 4, p.128-154, mar. /abr., 2000.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano Moral nas relações de consumo**: uma abordagem jurisprudencial. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

BORGES, Gustavo. **Erro Médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BORTOLANZA, Guilherme; BOFF, Salette Oro. Arte médica, uso da técnica e responsabilidade civil. **Direito & Justiça**, v.38, n. 1, p. 68-75, jan. /jun., 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CROCE, Delton. **O Erro Médico e o Direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editoras, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 3.ed. São Paulo: Byk-Prociencx, 1982.

_____. **Direito Médico**. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, Byk-Prociencx, 2014.

GANTHALER, Heinrich. **O Direito à vida na Medicina**: uma investigação moral e filosófica. Porto Alegre: Fabris, 2006.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Revista Direito GV 6**, v.3, n. 21, p. 37-58, jul./dez, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: Código Civil e CDC**. São Paulo: RT, 2010.

_____. Culpa médica e ônus da prova. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 61, p. 362-381, 2002.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 7.ed. rev , atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de. **O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores**. São Paulo: RT, 2014.

LOPES, Renan Kfuri. Responsabilidade civil do médico, do anestesista, do hospital e da equipe médica, **Revista COAD**, nº V, p. 30-37, jan., 2004.

LUZ, Newton Wiethorn da. **O Ato Médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

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

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2014.

MARQUES, Claudia Lima, Parte do Livro Contratos: A Responsabilidade dos médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, ano 93, v. 827, p. 12-48, set. 2004.

MEDEIROS, Luiz César. A Responsabilidade Civil das Casas de Saúde – Hospitais e entidades similares. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 556, p. 85-107, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Luiz César. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Responsabilidade civil por erro médico. **Revista Direito Administrativo**, v. 229, p.125-134, jul./set., 2002.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, O consentimento informado na relação médico-paciente: respeito dignidade da pessoa humana, **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 8, v.29, p.95-110, jan./mar. 2007.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico inversão do ônus da prova**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 3.ed.rev., atual. ampl. Campinas: Servandra, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral do Direito Civil**, v.2, abr./jun., 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Aspectos Processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista dos Tribunais**, v.760, ano 88, p. 40-48, fev., 1999.

UEDA, Andréa Silva Rasga, **Responsabilidade Civil nas Atividades de Risco**. Rio de Janeiro, Arte e Ciência, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANCHIN, Marco Túlio Rohrig. **Infortúnica em obstetrícia, aspectos morais e éticos**. Caxias do Sul: Ed. São Miguel, 2013, p. 41-49.

ZULIANO, Enio Sanatarelli. Responsabilidade Civil em Erro Médico: inversão do ônus da prova. **RDCPC**, São Paulo, v.26, nov./dez., 2003.

_____. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. **Revista dos Tribunais**, v. 811, p. 43-66, maio, 2003.