

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SONIA MARA BINI GIRARDELLO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO

**CURITIBA
2015**

SONIA MARA BINI GIRARDELLO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Clayton Reis

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

SONIA MARA BINI GIRARDELLO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ERRO MÉDICO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de 2015.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Pedro Francisco e Leocádia, pelo amor, carinho, paciência e pelo esforço na minha formação.

Ao meu esposo Rogério pelo amor incondicional, e pela compreensão e ajuda em todos os momentos bons e difíceis.

As minhas sobrinhas Melissa, Isadora e Poliana, que embora não tendo conhecimento jurídico iluminaram meus pensamentos com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de concluir essa etapa nesta vida terrena.

Agradeço ao meu Orientador Professor Clayton Reis pelos valiosos ensinamentos.

Agradeço minha amiga Marisa França pelo companheirismo, pela amizade, pelas risadas e por toda a ajuda para concluir essa etapa.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	RESPONSABILIDADE CIVIL - ASPECTOS GERAIS.....	09
2.1	CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	09
2.2	RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	09
2.3	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA.....	10
2.4	RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	13
2.5	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.5.1	Ação ou Omissão.....	14
2.5.2	A Culpa e o Dolo do Agente.....	15
2.5.3	Nexo de Causalidade.....	15
2.5.4	Dano.....	16
2.6	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.6.1	Caso Fortuito ou Força Maior.....	18
2.6.2	Culpa Exclusiva da Vítima.....	19
2.6.3	Fato de Terceiro.....	19
2.7	RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRESTADOR DE SERVIÇO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO.....	21
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.....	24
3.1	BREVE VISÃO HISTÓRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	24
3.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA.....	25
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL NA MODALIDADE SUBJETIVA PERANTE O MÉDICO	27
3.3.1	Negligência.....	29
3.3.2	Imprudência.....	30
3.3.3	Imperícia.....	31
3.4	A OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO.....	31
3.5	O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO.....	33
3.5.1	Conceito e Natureza Jurídica do Consentimento Informado.....	36
3.5.2	Requisitos de Admissibilidade do Consentimento Informado.....	38

3.5.2.1 Capacidade para consentir.....	38
3.5.2.2 Informação.....	40
3.5.2.3 Consentimento propriamente dito, livre e esclarecido.....	42
3.6 EXCEÇÕES A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO INFORMADO....	43
3.7 PROVA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	46
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS.....	49
4.1 HOSPITAIS E SEUS SERVIÇOS.....	49
4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL.....	50
4.3 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS PELOS ATOS DOS MÉDICOS EMPREGADOS OU MEMBROS DO CORPO CLÍNICO.....	52
4.4 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS PELOS ATOS DOS MÉDICOS SEM VINCULAÇÃO DE EMPREGO COM O HOSPITAL.....	54
4.5 RESPONSABILIDADE DO DIRETOR DO HOSPITAL.....	56
4.6 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO DOS HOSPITAIS.....	57
5 PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS.....	59
5.1 CONCEITO E OBJETO.....	59
5.2 MEIOS DE PROVA.....	60
5.2.1 Depoimento Pessoal.....	60
5.2.2 Prova documental.....	61
5.2.3 Prova testemunhal.....	61
5.2.4 Prova Pericial.....	62
5.3 ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	63
6 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

RESUMO

O tema que será abordado na presente monografia diz respeito a responsabilidade civil dos hospitais por erro médico. Este tema é de grande relevância no cenário atual e tem sido objeto de várias demandas judiciais. A escolha do tema deu-se em virtude das inúmeras ações indenizatórias, as quais são crescentes em nosso país, buscando a reparação por meio do instituto da responsabilidade civil por erro do médico ou da equipe que integra o hospital. O presente trabalho pretende verificar quais são as hipóteses de cabimento de responsabilidade civil do hospital por erro médico, e ainda comparar a responsabilidade do hospital que é objetiva e a responsabilidade civil do médico que é subjetiva. E por fim, analisar os vários julgados sobre o tema em todo o país.

Palavras chave: responsabilidade civil, erro médico, erro hospitalar.

1 INTRODUÇÃO

O Tema da responsabilidade civil dos hospitais por erro médico tem gerado muitas discussões no mundo jurídico, pois a responsabilidade civil do hospital é objetiva, enquanto a responsabilidade civil do médico é subjetiva.

O presente trabalho apenas tratará da responsabilidade civil dos hospitais privados, visto que a responsabilidade civil dos hospitais públicos apesar da imensa importância engloba também outro ramo do direito.

Cada dia mais os pacientes buscam comprovar no judiciário que merecem ser reparados civilmente por erro médico, ou ainda, por erro da equipe médica que integra o hospital.

Nesse sentido é imprescindível analisar qual a relação do médico face ao hospital, assim se integra a equipe do hospital, ou se apenas está usando os serviços e o espaço do hospital para tratar seu paciente.

Faz-se necessário também analisar dois pontos, primeiramente comprovar se houve erro médico e após verificar qual era a situação jurídica “contratual” entre paciente e hospital ou entre médico e hospital.

A doutrina já pacificou entendimento de que a responsabilidade civil do hospital é objetiva, e de que a responsabilidade civil médica é subjetiva, sendo que neste último caso é imprescindível a comprovação da culpa do médico.

Porém, quando apenas o hospital é responsabilizado, se comprovada a culpa do médico, o hospital pode buscar o ressarcimento dos prejuízos que suportou.

Por fim, por se tratar de um assunto de grande relevância, é necessário analisar todos os requisitos que envolvem os pedidos de indenizações por responsabilidade civil do hospital e do médico e a posição adotada pelos Tribunais pátrios.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL - ASPECTOS GERAIS

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem por base o descumprimento de um dever jurídico, traz a ideia também de reparação do dano, e de equilíbrio ao tentar reparar o problema moral e patrimonial.

Conforme profere o autor Carlos Roberto Gonçalves:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e a redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado.¹

Tem-se que a responsabilidade civil verifica se o prejuízo suportado pela vítima deve ser reparado e ainda em que condições deve haver a reparação.

Ainda, importante tratar da distinção entre dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo, vejamos:

O autor Sergio Cavalieri Filho diz que:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente a violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.²

No caso do presente trabalho, caso o hospital viole um dever jurídico originário, não cumprindo com suas obrigações frente ao paciente, surgirá o dever jurídico sucessivo, ou seja, o paciente poderá responsabilizar civilmente o hospital por tal descumprimento.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O código civil de 2002, disciplina no Livro III, Título III - Dos Atos Ilícitos, em seus artigos 186 e 187, a regra geral da responsabilidade aquiliana.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 22.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14 e 15.

Assim dispõe os artigos 186 e 187 do Código Civil:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.³

O tema da Responsabilidade Civil está disciplinado no Título IX – Da Responsabilidade Civil, no Código Civil de 2002, principalmente em seu artigo 927.

O artigo 927 elenca que:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁴

Analisando o artigo 927 do código civil, em seu parágrafo único, o mesmo ao falar da reparação do dano, independentemente de culpa, estamos diante da responsabilidade objetiva, ou seja, que não depende de prova da culpa.

Em tópico oportuno será tratada a responsabilidade civil dos hospitais por erro médico, pois é um assunto que tem gerado muitas discussões no mundo jurídico, sendo que a responsabilidade civil do hospital é objetiva, enquanto a responsabilidade civil do médico é subjetiva.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

O Código Civil adotou dois sistemas de responsabilidade que são divididos em: responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e se faz necessário diferenciar as mesmas.

A responsabilidade civil subjetiva é entendida como aquela que o indivíduo viola um dever jurídico de forma voluntária e ainda age nessa conduta com dolo ou culpa.

A responsabilidade civil subjetiva fica claramente elencada no artigo 186 do Código Civil de 2002, quando o artigo diz que mediante uma conduta culposa do

³ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

⁴ Ibid, p. 204.

agente, mesmo que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, viola direito de outra pessoa lhe causando dano.

Conforme preceitua o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjéitiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁵

Assim, resta evidente que para haver a responsabilidade civil subjéitiva há de ter o pressuposto da culpa, o qual englobaria a negligência, imperícia, imprudência, e o dolo.

O doutrinador Miguel Kfourri Neto dispõe que:

O Código Civil brasileiro, em seus artigos 186 e 951, não se afastou da teoria subjéitiva, a exemplo do código revogado, em seus artigos 159 e 1.545. A responsabilidade do profissional de medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, para obter a reparação do dano.⁶

Verifica-se que a responsabilidade civil do profissional da área de medicina é subjéitiva, ou seja, o paciente que sofrer qualquer dano em decorrência de um descumprimento de um dever jurídico do profissional, este paciente deverá provar que o médico agiu com culpa, quer dizer, que por negligência, imprudência ou imperícia causou o resultado.

O renomado Miguel Kfourri Neto explica que:

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implique risco aos direitos do paciente. Caso admitida tal hipótese, estaria descartada a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isso porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde do doente propiciando melhora ou cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de laser, por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isso porque o advento da atual codificação civil,

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.⁷

Portanto, para ser possível a condenação em responsabilidade civil subjetiva é imprescindível que a vítima – paciente prove que a pessoa agiu com culpa.

No tocante a responsabilidade objetiva, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil elenca que:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁸

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil é claro ao dizer que independentemente de culpa, em casos em que a atividade desenvolvida implicar dano deve haver a reparação, ou seja, em certos casos não há a necessidade de provar a culpa, apenas a vítima deverá provar que houve descumprimento de uma obrigação que lhe acarretou dano.

A responsabilidade objetiva também é considerada por alguns doutrinadores como responsabilidade sem culpa, pois a culpa é presumida, bastando a vítima provar uma ação ou omissão por parte do réu e que disto lhe resultou um dano.

Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves: “Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.⁹

Segundo julgados a responsabilidade civil do hospital seria objetiva, em virtude da teoria do risco, pois o hospital exerce atividade de risco de dano para terceiros, e por esse motivo deve responder independentemente de culpa, existem algumas exceções que serão trabalhadas de forma pormenorizada em capítulo próprio.

Diante das observações acima realizadas entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva, percebe-se que uma importante diferença que distingue os dois sistemas é com relação ao ônus da prova.

⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

⁸ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014, p. 204.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

Na responsabilidade subjetiva a vítima terá que provar que o agente agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia), e que com esta ação lhe causou um dano que merece ser reparado civilmente.

Na responsabilidade objetiva o autor não precisa provar a culpa do agente, apenas precisa provar que em virtude de uma ação ou omissão dele, houve um resultado que lhe causou dano. Na responsabilidade objetiva o ônus da prova é invertido, pois cabe ao réu provar alguma das excludentes da responsabilidade, como por exemplo: caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

No que diz respeito ao ônus da prova da culpa, o qual incumbe a vítima, muitas são as discussões acerca da real possibilidade da vítima conseguir fazer a prova, principalmente nos casos em que ocorrem erros médicos, pois o paciente necessita muitas vezes do prontuário médico que fica de posse do hospital ou profissional, sendo que há recusa em fornecê-los, e devido a importância desse tema para o presente trabalho, será trabalho de forma minuciosa em tópico próprio.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Analisamos anteriormente que a responsabilidade civil pode ser dividida em subjetiva e objetiva, mas também pode ser dividida em contratual e extracontratual.

Os indivíduos em suas relações diárias podem entre si formalizar obrigações mediante contratos, nos quais as partes manifestam suas vontades, criando para si deveres jurídicos, advindos de uma relação jurídica.

No caso de responsabilidade civil extracontratual, não há a formalização de vontades mediante contrato, e sim previsão em lei ou ordem jurídica, e a responsabilização se dará quando um dever jurídico previsto no ordenamento jurídico for violado.

Para Sergio Cavalieri Filho:

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a

responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.¹⁰

Então, para existir a responsabilidade civil contratual, deve obrigatoriamente existir um contrato entre as partes e o mesmo deve ter sido descumprimento por uma delas.

E a responsabilidade civil extracontratual ocorre quando o indivíduo não cumpriu com o previsto no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente quando diz que não se deve causar lesão a outrem, sob pena de ter que repará-lo.

Sergio Cavalieri acrescenta ainda que:

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.¹¹

Ainda, no que se refere a prova na responsabilidade contratual, cabe ao autor provar que havia um contrato entre ele e o réu e por parte deste houve um descumprimento contratual. Já na responsabilidade extracontratual a prova recai na culpa ou dolo do agente que violou uma norma jurídica.

2.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.5.1 Ação ou Omissão

Entende-se por ação uma conduta humana, sendo que tal conduta pode ser dentro dos limites das normas jurídicas ou ilícita.

Por omissão compreende-se que o agente deveria praticar um ato, ou seja, tem o dever jurídico de praticar um ato, porém não o fez e devido sua omissão causou dano a outrem.

Importante diferenciar ainda a responsabilidade de ação ou omissão de ato próprio ou por terceiro.

Ação ou omissão por ato próprio se configura quando aquela pessoa deveria praticar um ato ou se abster de praticar o ato, a fim de não gerar lesão a outra

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^o ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

¹¹ Ibid, p. 31.

pessoa, ou seja, é uma conduta própria, só respondendo pelo ato quem lhe der causa.

Ação ou omissão por ato de terceiro ocorre quando a conduta é praticada por uma pessoa, porém terceira pessoa está ligado aquela pessoa por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

2.5.2 A Culpa e o Dolo do Agente

A distinção entre culpa e dolo é inteligível, pois na culpa é verificado se o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia, enquanto que no dolo a conduta do agente é intencional e voltada para a prática de um resultado considerado ilícito.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho: “Dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever de preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem”.¹²

Ainda na visão do Sérgio: “Culpa é a violação de um dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou como querem outros, a omissão de diligência exigível”.¹³

Carlos Roberto Gonçalves dispõe que: “Todos concordam em que o art.186 do Código Civil cogita do dolo logo no início: “ação ou omissão voluntária”, passando, em seguida, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”.¹⁴

2.5.3 Nexo de Causalidade

A avaliação do nexos de causalidade é de extrema relevância como pressuposto da responsabilidade civil, pois a partir desta análise vai se verificar se a pessoa, por ação ou omissão, gerou um dano, e se o fez por ato ilícito.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^o ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

¹³ Ibid, p. 47.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa a ser considerado causa daquele.¹⁵

Os tribunais tem muita cautela ao analisar se há realmente o nexos de causalidade entre a ação ou omissão do médico ou do hospital, e se este ato ocasionou um dano para determinar a responsabilidade civil, e se não houver provas suficientes o nexos é afastado, bem como a indenização é negada, conforme entendimentos dos tribunais.¹⁶

Assim, percebe-se que nos casos de responsabilização civil, podem existir casos de a mesma ser objetiva, sem análise da culpa, mas em qualquer caso deverá existir o nexos causal, entre a conduta ilícita do agente e que esta conduta gerou o dano que deve ser indenizado, entendimento em consonância com a doutrina e com a jurisprudência.¹⁷

2.5.4 Dano

Dano é a lesão a um bem jurídico, sendo que o dano pode ser de ordem patrimonial ou de ordem moral, ou seja, é o prejuízo sofrido pela vítima.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^o ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

¹⁶ APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **MORTE DE PACIENTE OITO MESES DEPOIS DA ALTA HOSPITALAR. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO**. Pretensão ao recebimento de indenização por danos morais decorrentes da morte do filho da autora, que teria recebido tratamento irregular em estabelecimento hospitalar da ré. Impossibilidade de acolhimento do pedido, porque o conjunto probatório coligido aos autos não logrou demonstrar que a morte tenha seguramente sido ocasionada pelo tratamento médico dispensado ao rapaz durante o período que esteve internado. Ao contrário, a prova pericial é robusta e assegura que as infecções não foram contraídas no hospital e que os procedimentos médicos foram regularmente adotados, bem como as drogas indicadas e ministradas eram de fato necessárias diante do quadro de saúde apresentado pelo paciente. **Sem a comprovação do nexos causal, não há cogitar de indenização**. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação não provido. (TJ-SP - APL: 00376585120128260224 SP 0037658-51.2012.8.26.0224, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 21/01/2015, 13^a Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/01/2015).

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. INFECÇÃO HOSPITALAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **APLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INFECÇÃO PROVENIENTE DE INCISÃO ABDOMINAL. NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO. CULPA EXCLUSIVA DA PACIENTE. INOCORRÊNCIA. ART. 333, II, DO CPC. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO**. Cabe ao prestador de serviços a prova acerca das circunstâncias excludentes de responsabilidade, incorrendo, responde pelos danos causados. (TJ-SC - AC: 115289 SC 2005.011528-9, Relator: Domingos Paludo, Data de Julgamento: 24/11/2009, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível de Brusque).

O artigo 186 do Código Civil é claro ao dizer que aquele que violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito.

A discussão na doutrina é acerca da prova do dano, pois só caberá indenização se ficar cabalmente comprovado que da conduta ilícita do agente, surgiu dano à vítima.

O artigo 944 do Código Civil diz que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”¹⁸. Tem-se, portanto, que até mesmo para auferir o valor da indenização deve analisar o dano e sua complexidade.

No caso do estudo do presente trabalho, a dificuldade da prova do dano, muitas vezes está relacionada ao sumiço do prontuário médico que deveria permanecer sob os cuidados do hospital.

É importante destacar que os danos médicos ou hospitalares, os quais geralmente atingem a vida, a saúde do paciente ou a integridade física ou moral do mesmo, podem ser físicos, patrimoniais ou de ordem moral.

2.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após análise da conceituação de responsabilidade civil, das espécies de responsabilidade e de seus pressupostos, necessário se faz estudar as causas excludentes de responsabilidade, quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, que são as mesmas causas apresentadas nas jurisprudências dos tribunais.¹⁹

¹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

¹⁹ APELAÇÃO. CIVIL. PROCESSO CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O EVENTO DANOSO À SAÚDE E A ALEGADA NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de apelação cível interposta em ação de rito ordinário objetivando indenização a título de danos morais em razão de suposto descaso no tratamento recebido pela mãe da autora, portadora de câncer, a qual recebeu alta indevidamente do Hospital Geral do Andaraí, o que ocasionou um aborto na autora. 2. Com efeito, a teoria do risco administrativo dispensa a prova da culpa da administração e permite ao Estado afastar a responsabilidade **nos casos de exclusão do nexo causal, fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro**. Há que se verificar apenas a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. 3. In casu, a documentação médica apresentada demonstra que a mãe da autora era portadora de câncer e faleceu em decorrência da moléstia, embora tenha recebido o tratamento adequado, tendo se submetido às sessões de quimioterapia e radioterapia. O Hospital Geral do Andaraí, em todos os momentos, agiu dentro da atuação administrativa esperada, zelando pela saúde da paciente. O resultado alcançado decorre de incertezas das reações do corpo humano, nem sempre controláveis pela medicina, que no caso concreto foram decorrentes do grave estado em que se encontrava a paciente. 4. Diante das informações contidas nos autos, não há elementos suficientes a comprovar falha no atendimento médico prestado ao Autor e a existência de nexo causal entre o dano sofrido e a ação da Administração Pública, a impor à Ré o dever de indenizar, e, ainda,

2.6.1 Caso Fortuito ou Força Maior

O artigo 393 do Código Civil trata do caso fortuito e da força maior:

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

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.²⁰

Para Carlos Roberto Gonçalves:

O caso fortuito geralmente decorre de fato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.²¹

Quando falamos de caso fortuito ou força maior nos casos de erro médico ou de responsabilização do hospital por erro médico, encontramos na jurisprudência casos e que a indenização foi rejeitada haja vista que a evolução natural da doença afastou a responsabilidade, conforme entendimentos dos tribunais.²²

considerando que o magistrado não pode trabalhar à base de suposições, impõe-se o desprovimento do apelo. 5. A conduta do Estado, o resultado danoso e o nexos causal entre eles são os elementos da responsabilidade objetiva, o que não restou comprovado nos autos, na forma do art. 333, I, do CPC. 6. Apelação improvida. Sentença mantida. (TRF-2 - AC: 200951010097765, Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 09/05/2011, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 13/05/2011).

²⁰ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

²² ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS INFRINGENTES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO –“COLECISTECTOMIA POR VIDEOLAPAROSCOPIA” - INFECÇÃO HOSPITALAR NO PÓS-OPERATÓRIO - **EVENTO FORTUITO - EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE**. - Não há como elidir, in casu, a responsabilidade objetiva do Estado, expressamente prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, vez que o evento danoso decorreu do próprio fato administrativo em si considerado. - **A responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que se admite a exclusão do nexos causal nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro**. - O Hospital Geral de Bonsucesso teve o cuidado de juntar no prontuário da Embargada a “fita teste químico (integrador)” certificando que o instrumental cirúrgico recebeu esterilização térmica, não se verificando, portanto, condutas inadequadas dispensadas à paciente ou à unidade hospitalar, ou má prestação do serviço na esterilização do material utilizado no procedimento cirúrgico em questão. - **O conjunto probatório acostado aos presentes autos aponta para o evento fortuito, imprevisível segundo as técnicas da medicina utilizadas à época, que desonera, portanto, o hospital público do dever de reparar o dano em virtude da infecção ocorrida**. - Excluído o nexos causal, não há como imputar à União Federal qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido. - Embargos infringentes improvidos. (TRF-2 - EAC: 200851010124235, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 21/03/2013, TERCEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 13/05/2013).

2.6.2 Culpa Exclusiva da Vítima

Existem algumas situações em que a vítima é quem se descuida do seu dever e acaba por provocar o dano a si mesmo, desaparecendo a responsabilidade do agente, sendo nesse sentido o julgado dos tribunais.²³

Segundo Carlos Roberto Gonçalves: “Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima”.²⁴

O artigo 945 do Código Civil diz que: “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.²⁵

Importante observar ainda em que podem ocorrer casos em que ambos, agente e vítima, ajam com culpa, o que se pode chamar de culpas comuns ou concorrentes. Nestes casos, a indenização será reduzida da parte em que ficar comprovada culpa da vítima.

2.6.3 Fato de Terceiro

O fato de terceiro ocorre quando uma terceira pessoa comete um ato ilícito, passível de responsabilidade civil e quem pagará a indenização não será o autor do dano.

Os artigos 929 e 930 do Código Civil proferem que:

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

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

²³ APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVOS RETIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C CUSTEIO DE TRATAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DO NEXO CAUSAL ENTRE O ATENDIMENTO E OS DANOS SOFRIDOS. **CULPA EXCLUSIVA DO PACIENTE. DEVER DE INDENIZAR QUE NÃO SE RECONHECE.** APELAÇÃO E AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70043615095, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 13/06/2013) (TJ-RS - AC: 70043615095 RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Data de Julgamento: 13/06/2013, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2013).

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil.** 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 475.

²⁵ BRASIL. **Código Civil.** Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano.²⁶

A partir da leitura do artigo 930 do código civil, percebe-se que é possível a pessoa que responder pelo ato entrar com ação regressiva contra o terceiro.

Carlos Roberto Gonçalves profere que:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.²⁷

O doutrinador Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Responsabilidade Civil dos Hospitais* (2010), trata de um homicídio de paciente, no interior de um hospital, cometido por terceiros, estranhos ao nosocômio.

Segue o doutrinador expondo que a mãe da vítima propôs ação de indenização pela morte do filho contra o hospital e que a decisão da ação foi no sentido de que se tratava de fato de terceiro alheio ao estabelecimento hospitalar, e que, portanto, incabível indenização.

Ainda em sua obra Miguel Kfoury Neto explana parte da decisão:

Ao motivar o aresto, com absoluta pertinência, enfatizou o relator : “(...) entretanto, mesma na responsabilidade objetiva, com envolvimento do art.14 do Código de Defesa do Consumidor, não significa que o estabelecimento hospitalar deva indenizar sempre, em qualquer caso, o dano sofrido pelo paciente, mas, apenas, que a vítima fica dispensada de provar a culpa daquele que entende responsável. Por sinal, na etiologia da responsabilidade civil objetiva, de que aqui se trata, constata-se que a inexistência de defeito no serviço, bem como a culpa exclusiva da vítima ou ato ativo de terceiro, são causas que excluem essa responsabilidade (art.14, §3º, I e II). No presente o nosocômio não pode responder pela indenização porquanto o dano havido decorre de fato de terceiros que, para isso, deu causa a própria vítima, todos eles e trânsito pela marginalidade da lei, estando, portanto, ao abrigo das causas de exclusão da responsabilidade, expressamente prevista em lei (...)”.²⁸

O Fato de terceiro é umas das excludentes da responsabilidade civil, pois pode o fato ser inevitável rompendo então o nexos de causalidade entre a vítima e o aparente causador do dano.

²⁶ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 478.

²⁸ PARANÁ. TJPR, 1º Câmara. Cív., Ap Cív. 98601-6, real. Juiz conv. Airvaldo Stela Alves, j. 06.02.2001; **apud** KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRESTADOR DE SERVIÇO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO.

O Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 2º e 3º elencam o que seria consumidor e fornecedor de produtos e serviços.

O tema responsabilidade civil sofreu inúmeros avanços, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e conseqüentemente os problemas decorrentes dessas transformações sociais, políticas e econômicas.

Conforme profere Sergio Cavaliere Filho:

Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.²⁹

Para o presente estudo, faz-se imprescindível tratar do chamado prestador de serviço e elencar a responsabilidade pelo fato do serviço, a qual está disciplinada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que diz:

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

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

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

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

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³⁰

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 541.

³⁰ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor inovou ao trazer a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da prova de culpa, salvo nos casos de profissionais liberais, como por exemplo, os médicos.

Importante frisar que é errôneo aplicar a responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, como médicos, pois § 4º do artigo 14 do CDC, diz que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, os médicos respondem de forma subjetiva, mediante a comprovação de culpa.

Ainda, profere Nehemias Domingos de Melo que:

Dessa forma, em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexu causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.³¹

Através da leitura do §3º do artigo 14 do CDC, percebe-se que aqui há a chamada inversão do ônus da prova, ou seja, se numa ação de responsabilidade civil, for possível aplicar o CDC, será ônus do réu provar que apesar de ter prestado o serviço o defeito inexistiu, ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O artigo 6º, VIII do CDC traz a figura da inversão do ônus da prova, a qual não é automática, ou seja, depende de pedido da parte interessada e o juiz vai analisar a pertinência de tal inversão e se preenche os requisitos.

O Doutrinador Roberto Senise Lisboa diz que:

A hipossuficiência, já analisada, não é a única que viabiliza a inversão do ônus da prova. A verossimilhança (aparência da verdade) também possibilita tal medida judicial, que tanto em um como noutro caso deve ser fundamentada. Nesse sentido, deve-se observar que prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos.³²

Nesse sentido o ilustre Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Responsabilidade Civil dos Hospitais* (2010), relata parte de um julgado sobre a inversão do ônus da prova:

Na jurisprudência, encontramos acórdãos que, mediante aplicação do art.6º, inc. VIII, do CDC, admitem a inversão do ônus da prova em relação ao médico, com a advertência pelo magistrado, de que se trata da regra de

³¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

³² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

juízo. Isto equivale a dizer que, ao sentenciar, o juiz determinará a procedência do pedido indenizatório, caso o profissional demandado não estabeleça, com absoluta clareza, ter agido sem culpa. Assim decidiu o TJRS: "(...) Viável a concessão de assistência judiciária gratuita a entidade filantrópica. Desnecessária a denúncia a lide eis que não se discute o contrato de prestação de serviços. Possível a inversão do ônus da prova nos termos do Código de Defesa do Consumidor quando se discute a existência de erro médico e indevido atendimento hospitalar".³³

Isto posto, é possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor em ações de indenização por responsabilidade civil, sendo que a aplicação da inversão do ônus da prova é mais benéfica para a vítima, principalmente em casos de responsabilidade dos hospitais por erro médico, devido os hospitais estarem com toda a documentação relativa ao internamento do paciente, cuidados e remédios ministrados ao mesmo.

³³ RIO GRANDE DE SUL. TJRS, AI 70001081918, j. 24.08.2000; **apud** KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pg 47.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

3.1 BREVE VISÃO HISTÓRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Desde a antiguidade mais remota a população sofria os males físicos (doenças), e o médico era considerado como um sacerdote, o qual deveria tratar e curar seus pacientes, e já existia a ideia da responsabilidade médica, pois caso o paciente viesse a morrer o médico poderia ser condenado em penas severas.

O doutrinador Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, elenca a visão histórica da responsabilidade médica.

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hammurabi (1790 – 1770 a.C), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns dessa lei (215 e s.s) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.³⁴

Percebe-se que nessa época, pouco importava se o médico agiu com culpa, sendo aplicado o que hoje entendemos por responsabilidade objetiva.

Em Roma, primeiramente era aplicado a lei das XII Tábuas, e a vingança privada, posteriormente a partir da Lei Aquília houve uma evolução para o entendimento da responsabilidade Civil.

Para Nehemias: “à célebre Lei Aquília que erigiu a estrutura jurídica e a construção da doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa, conforme até hoje conhecemos”.³⁵

Na Grécia a responsabilidade civil do médico era analisada com cautela verificando se houve culpa por parte do médico.

Vai-se lentamente firmando o princípio de que a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo

³⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56 e 57.

³⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

profissional. Assim, para os platônicos e aristotélicos, a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por perito na matéria e por colegiado de médicos – o que, em essência, corresponde ao perito judicial dos tempos modernos.³⁶

Ainda, Miguel Kfourri em sua obra *responsabilidade do médico* relata de forma brilhante a verificação da culpa médica para o povo grego.

Plutarco relata que, por ordem de Alexandre Magno, um médico foi crucificado porque se dirigiu ao teatro, abandonando seu cliente, que veio a falecer, configurando-se negligência médica.³⁷

Isto posto, tem-se que desde os primórdios algumas sociedades já entendiam a responsabilidade civil médica de forma subjetiva, ou seja, mediante a comprovação da culpa, ora como é o entendimento jurídico atual no Brasil.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA

Em outros tempos, a medicina era tratada como sacerdócio, ou seja, as pessoas acreditam fielmente nas palavras do médico, e ainda poucas sociedades tinham a noção de que o profissional que agisse com imprudência ou negligência deveria ser responsabilizado civilmente.

Nas palavras de Carla Gonçalves:

Enfim, com a eclosão de uma maior conscientização social, relativas aos direitos e deveres impostos aos pacientes e aos médicos, passamos a sentir um progressivo, porém, lento aumento das demandas judiciais que vem colocando os médicos no banco dos réus. Atendendo a esta mudança de perspectiva, a responsabilidade civil dos médicos, bem como de outros profissionais, veio a consolidar-se. No entanto, sendo a medicina uma ciência que lida diretamente com a vida humana e com o bem-estar das pessoas em geral, era de se esperar que o relevo jurídico emprestado ao estudo das consequências e formas de responsabilização dos médicos ganhasse contornos diferentes daqueles dedicados aos especialistas de outras áreas.³⁸

Diante de toda a evolução que ocorre no mundo da medicina, a responsabilidade civil do médico acompanha essas transformações, pois há o surgimento de novas técnicas e especialidades, devendo o profissional acompanhar e se adequar a essas transformações.

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

³⁷ Idem.

³⁸ GONÇALVES Carla. **A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além da Culpa**. Editora Coimbra. 2008, p. 16 e 17.

É notório para toda a população que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, salvo nos casos de cirurgia estética, ou seja, o médico não é obrigado a curar um paciente terminal, mas deve usar de todas as suas técnicas e de todo o seu empenho profissional para tratar do paciente da melhor forma possível.

Verifica-se que após o paciente ser vítima de um dano, no caso o erro médico, este deverá fazer prova de que o ato do profissional foi culposo, e que lhe gerou dano, pelo qual deve ser indenizado, e esta prova é muito difícil de ser produzida.

O artigo 14, §4º do CDC diz que a responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, depende da prova da culpa. Em cada caso será analisado se o médico atuou com negligência, imprudência ou imperícia.

Segundo Miguel Kfoury Neto:

Asseveramos, alhures, que o encargo assumido pelo médico configura obrigação de meio – e só por exceção constituirá obrigação de resultado. O desdobramento, quanto ao ônus da prova, é que, nessa última, ao paciente/vítima incumbirá apenas demonstrar que o resultado não foi alcançado – e ao médico competirá a prova de um fato que o exima da responsabilidade. Quanto à primeira, a vítima deverá fazer prova de que o médico não agiu com o grau de diligência razoável e houve descumprimento culposo.³⁹

A Organização Mundial de Saúde emitiu um relatório com os seguintes dados:

Relatório divulgado (21/7) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), revela que milhões de pessoas morrem todo ano vítimas de erros médicos e infecções contraídas durante tratamentos. Segundo a OMS, ir para o hospital é mais arriscado do que voar de avião.⁴⁰

Diante deste relatório percebe-se que os médicos devem rever as suas atitudes perante os seus pacientes, devem agir com mais dedicação e cautela, pois está em jogo a vida de seres humanos, os quais depositam todas as suas esperanças em um médico para curar a sua doença.

Mas nesse sentido, o paciente deve ter consciência que o profissional médico não pode garantir 100% a cura do seu problema, pois existem fatores externos que influenciam o andamento do tratamento ou da cirurgia, como as próprias reações do organismo do ser humano.

³⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81 e 82.

⁴⁰ BRASIL. <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/109/sumula/erro-medico-e-infeccao-altos-indices>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2013 às 10:30H.

Quando se trata sobre a responsabilidade civil do médico, é importante mencionar qual o tipo de relação jurídica existente entre o paciente e o profissional, para a partir daí verificar quais as medidas que poderão ser tomadas referentes aos danos ocasionados ao paciente.

Para alguns doutrinadores a relação médico-paciente se dá através de um contrato de prestação de serviços e para a outra parte seria um contrato *sui generis*, visto que o médico se torna um conselheiro perante os pacientes e seus familiares.

No tocante a esta divergência, Sérgio Cavalieri, explica que:

De qualquer forma, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio.⁴¹

Portanto, será abordado nos próximos tópicos a aplicação da responsabilidade civil subjetiva do médico e as obrigações assumidas por este no exercício de sua profissão.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA MODALIDADE SUBJETIVA PERANTE O MÉDICO

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, pois a vítima – paciente, deverá provar que o profissional errou e que agiu com culpa, lhe causando dano, sendo que conforme abordado nos tópicos acima, o Código Civil trata da responsabilidade civil subjetiva nos artigos 186 e 927.

Antigamente, o paciente não tinha participação no processo da decisão médica, o médico tomava a decisão e não comunicava o paciente dos riscos e consequências que cada tratamento ou cirurgia poderia ocasionar.

Porém, a relação entre o médico e o paciente sofreu várias modificações com o passar dos anos, atualmente os pacientes tem mais autonomia perante os profissionais da área de saúde, podendo ou não realizar o tratamento ou cirurgia, tomando ciência das consequências que sua decisão pode gerar, exceto nos casos de risco iminente de morte, a qual será tratada em tópicos seguintes.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^o ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 431.

Em sua obra “O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado”, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo leciona:

Esse modo de pensar e de agir dos médicos à época, portanto, visava atingir o melhor para o paciente, o que configura a idéia de beneficência médica. O comportamento esperado do paciente era uma obediência cega e não contestadora das decisões médicas.⁴²

Cabe destacar que este tipo de relação descrita acima, conhecida como paternalismo, ainda persiste nos dias de hoje, existem médicos que não passam todas as informações aos seus pacientes, quanto a diagnóstico e tratamentos, o que pode incorrer em consequências graves.

A relação médico – paciente deve ser baseada na confiança e sinceridade, o médico deve prestar todas as informações sobre os riscos e consequências que determinado tratamento médico pode ocasionar ao paciente.

A responsabilidade civil do médico está diretamente vinculada a um dano gerado em seu paciente, que pode ter ocorrido por diversos fatores. Mas a responsabilidade que será tratada no presente trabalho é aquela que decorre de um erro médico, em alguns casos em que não houve o consentimento informado do paciente, quando há ausência do dever de informar do profissional, que toma decisões descabidas e sem a anuência do paciente e seu familiar.

Dentro dessa esfera da responsabilidade civil subjetiva do médico, é importante tratar do requisito culpa, o qual é de extrema importância neste tipo de responsabilidade, sendo requisito essencial para a sua caracterização.

Contudo, o autor Sergio Cavaliere Filho distingue a culpa e o erro profissional:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é a incorreta; há imperícia quando a técnica é a correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana.⁴³

Conforme já relatado, o médico não pode se responsabilizar pela cura total do paciente, pois não depende apenas dele, existem fatores externos além do tratamento, pois cada pessoa tem um organismo diferente e conseqüentemente

⁴² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 3º tiragem. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 433.

sofrerá diversos tipos de reações, em virtude do próprio tratamento ou medicação utilizada.

Nesse sentido, é importante destacar que a responsabilidade civil atribuída ao médico deve ser analisada com extrema cautela, por exemplo, um paciente que não toma adequadamente a medicação prescrita ou abandona o tratamento, é evidente que regredirá no seu estado de saúde, e não poderá atribuir a culpa ao médico que foi diligente e prestou toda a assistência e informações necessárias.

O médico só vai ser responsável por um evento danoso se ficar comprovado que agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Cabe ao paciente comprovar uma dessas ocorrências, e ao magistrado analisar minuciosamente cada caso concreto, verificando a existência do nexo causal com o procedimento médico e a ocorrência do dano.

Nas lições de Miguel Kfoury Neto:

Os arts.186 e 951 do novel Código Civil pátrio continuam a agasalhar inteiramente a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico. Sobrevindo dano – morte, incapacidade ou ferimento -, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* – negligência, imprudência ou imperícia – para poder ser ressarcida.⁴⁴

O Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina dispõe que é vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.
Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.⁴⁵

Para isso, será analisada cada uma dessas ocorrências, a negligência, imprudência e imperícia.

3.3.1 Negligência

A negligência se caracteriza pela falta de atenção e cuidados por parte do médico, por exemplo, a demora no atendimento de urgência, a demora em passar o diagnóstico, esquecimento de algum material cirúrgico no corpo do paciente,

⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

⁴⁵ BRASIL. http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. acesso em: 05/09/2015 às 12h11.

descaso no pós operatório, entre outros tantos, caracterizasse pela falta de zelo do médico.

Ademais, o Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, disciplina nos citados artigos abaixo algumas formas de negligência médica, bem como, dispõe várias situações no Capítulo III – Responsabilidade Profissional do referido Código:

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

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

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.⁴⁶

Miguel Kfouri diz que: “revela negligência o médico que, diante de caso grave, permanece deitado na sala dos médicos, em hospital, limitando-se a prescrever medicamento, sem contato com o paciente, criança desidratada, que veio a falecer”⁴⁷

3.3.2 Imprudência

A imprudência é o descuido, a prática de ação precipitada, ou seja, o médico não observa as necessárias precauções ao lidar com a saúde e a vida do paciente.

O médico está diretamente vinculado a bens jurídicos de extrema importância, quais sejam a saúde e a vida humana, portanto, deve ser prudente em suas ações, agindo de acordo com todos os protocolos médicos e normas permitidas.

Na lição de Kfouri Neto:

Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesiologista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI, a remoção de paciente graves em ambulâncias sem

⁴⁶ BRASIL. http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. acesso em: 05/09/2015 às 12h11.

⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos.⁴⁸

O médico imprudente age com excesso de confiança, expondo o paciente a riscos desnecessários, o dano ocasionado ao paciente por ato de imprudência é cometido por um ato comissivo do médico, que agiu sem cautela alguma.

3.3.3 Imperícia

A imperícia é o desconhecimento, por vezes de conhecimentos específicos, ou ainda carência de conhecimentos, vindo o profissional a causar dano ao paciente.

No tocante a imperícia o doutrinador Antonio Chaves a define como: “sendo a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaxestria na arte ou profissão”.⁴⁹

Nas palavras do doutrinador Nehemias:

Assim, a imperícia seria a falta de observação das normas primárias que regem aquele determinado procedimento, bem como o despreparo prático o profissional para o exercício da profissão. Imperito será ainda o médico que prescreva tratamento para um determinado tipo de doença quando todos os sintomas estejam a indicar outra; ou o cirurgião que, em visível equívoco, corta músculos; veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando sequelas para o paciente; ou ainda, o obstetra que em operação cesariana corta bexiga da parturiente.⁵⁰

Por fim, no âmbito jurídico, não cabe ao magistrado decidir qual seria o melhor procedimento, ou melhor, técnica adotada, cabe verificar se houve imperícia por parte do médico.

3.4 A OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO

Primeiramente, cabe distinguir a obrigação de meio ou de resultado, visto que o paciente quando busca os serviços do médico, está a procura da cura do seu problema, o médico no exercício de sua profissão, vai buscar todas as formas possíveis para obter a cura ou salvar a vida de um ser humano, mas não tem como

⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

⁴⁹ CHAVES ANTONIO. **Responsabilidade Civil do Ato Médico**. Revista Jurídica nº 207, p. 19.

⁵⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

garantir 100% de êxito, principalmente nos casos em que o paciente está em estado grave ou terminal.

Quanto a obrigação de meio e de resultado, Luciana Mendes, aborda o tema da seguinte forma:

(...) pode-se citar a situação na qual um paciente busca um certo tratamento médico, podendo ser inclusive uma cirurgia plástica estética (nariz). Imagine-se um profissional de saúde, um médico-cirurgião, que, na consulta, mostra, numa tela de computador, vários formatos de nariz e solicita que a cliente escolha um de seu agrado, prometendo que, após a cirurgia, o nariz ficará como o do formato escolhido. Neste momento, concretiza-se a relação entre as partes, tendo por objeto uma obrigação de resultado.

Por outro lado, se, nas mesmas circunstâncias, ao invés de o médico afirmar à paciente que seu nariz ficará naquele molde, disser que com o auxílio de sua experiência profissional, das técnicas modernas que utiliza, e do aperfeiçoamento obtido em cursos que realizou no país e no exterior, disponibilizará toda sua diligência para adequar ao melhor formato o nariz da paciente, mas que não poderá garantir que ficará igual ao de outra pessoa, uma vez que cada indivíduo tem suas características específicas e que nenhum ser humano é igual a outro, estará instalando-se uma relação com obrigação de meios.⁵¹

Assim, verifica-se que a obrigação assumida pelo médico geralmente é de meio, ou seja, se o mesmo utilizar todos os meios diligentes e necessários disponíveis para a melhoria do paciente, não vai correr o risco de sofrer uma ação judicial por erro médico. Contudo, existem casos em que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, por exemplo, nos casos de cirurgias estéticas e anestesia, o que se comprova através do entendimento jurisprudencial.⁵²

Quando se trata de cirurgia plástica, nos deparamos com duas situações: pessoas que buscam um cirurgião plástico por pura vaidade, o paciente é saudável e apenas quer melhorar a sua aparência, as chamadas cirurgias de embelezamento; e, aquelas pessoas que por necessidade, em decorrência de algum acidente ou

⁵¹ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

⁵² APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA CORRETIVA (PLÁSTICA NO ABDOMEN) E EMBELEZADORA (AUMENTO DE MAMAS). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA.1. A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.14§ 4ºCódigo de Defesa do Consumidor2. Restando comprovado nos autos que as queixas relatadas na inicial estão...(70051716140 RS , Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 14/11/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/11/2012). <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21436147/apelacao-civel-ac-70046636346-rs-tjrs>: Acesso em 07/09/2015 às 20h51.

deformidade, tentam melhorar a sua aparência, buscando uma melhora na autoestima, as chamadas cirurgias reparadoras ou corretivas.

Nestas duas situações é importante destacar a obrigação assumida pelo médico, na cirurgia de embelezamento a obrigação assumida pelo médico é de resultado, visto que o paciente que busca este tipo de cirurgia quer ver o resultado final concluído, com garantia daquilo que escolheu.

Já na cirurgia reparadora, conforme Melo: “o cirurgião plástico atuará com a obrigação de aplicar toda a sua diligência e técnica disponível para eliminar ou corrigir o defeito, não podendo se comprometer com os resultados da empreitada, de tal sorte que sua obrigação será de meio”.⁵³

O médico assume também a obrigação de resultado quando se trata da anestesia, quando um paciente vai receber uma anestesia, o médico responsável deve acompanhá-lo antes da intervenção cirúrgica, fazendo uma investigação completa, através de exames e informações obtidas do paciente, para verificar se existe alguma possibilidade de reação ou alergia.

Portanto, as obrigações de meio de resultado devem ser analisadas caso a caso, para verificar a sua aplicação, por exemplo, um paciente que está com um câncer e busca o tratamento, deve ter em mente que o médico tem obrigação de passar um tratamento adequado e agir com zelo e dedicação para a melhora ou estabilidade da doença, utilizando de todos os meios necessários e disponíveis da medicina, pois o mesmo não pode prometer a cura, pois estaria indo contra sua ética e princípios médicos.

3.5 O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO

O médico no exercício da sua profissão deve fornecer todas as informações adequadas e necessárias ao paciente no tocante a tratamentos ou cirurgias, relatando os riscos e benefícios que aquela opção pode ocasionar. Informando o diagnóstico e o prognóstico do tratamento, o médico deve fazer todas as ponderações ao paciente, acompanhando-o desde o início até o fim, não omitindo qualquer tipo de informação.

⁵³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139.

Quando se fala em dever de informar do médico, existem duas situações: a de conselho e a de informação. A primeira é quando o médico passa conselhos ao seu paciente, indicando quais os melhores tratamentos e opções disponíveis para a sua doença. Já a segunda se refere a todas as informações necessárias e imprescindíveis que o médico deve passar ao seu paciente, após o seu diagnóstico.

Nesse sentido, Ragazzo explica “Os dois deveres, i.e. de conselho e de informação, são duas faces de uma mesma moeda e estão intimamente associados, pois fazem parte do processo de comunicação entre paciente e médico”.⁵⁴

A relação entre o médico e o paciente é vista como uma relação de consumo e nesse contexto deve-se destacar os seguintes dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.⁵⁵

Os dispositivos legais mencionados acima estão vinculados com o dever que o médico tem de informar os pacientes quanto aos riscos e consequências que cada tratamento ou cirurgia pode gerar.

Além dos artigos previstos no Código de Defesa do Consumidor no tocante ao dever de informação, o Código de Ética Médica disciplina que é vedado ao médico:

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.⁵⁶

⁵⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 3º tiragem. Curitiba: Juruá, 2008, pg. 63.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

⁵⁶ BRASIL. **Código de Ética Médica**. http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em: 05/09/2015 às 12h11.

É de extrema importância que o médico repasse todas as informações inerentes ao tratamento do paciente e medicação que será utilizada, inclusive aquelas remotas, que quase não ocorrem. O médico que age com ética e dá ciência ao paciente quanto aos riscos e consequências que cada tratamento ou cirurgia pode ocasionar, estará se protegendo de uma futura ação de reparação, caso ocorra algo de errado com o paciente.

O profissional de saúde quando vai repassar as informações ao seu paciente sobre o tratamento ou cirurgia deve ser claro, informando sobre os riscos envolvidos, esclarecendo as possíveis consequências de sua opção, oferecendo ao paciente tomar a decisão, exceto nos casos de risco iminente de vida.

No que se refere aos casos de risco iminente de vida, o Código de Ética Médica disciplina este fator como exceção:

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.⁵⁷

Dessa forma, verifica-se que o paciente que se encontra em iminente perigo de vida poderá ser obstruído das informações pertinentes a sua saúde, podendo o médico tomar a decisão sozinho.

A Declaração de Santiago, firmada em outubro de 2005 na 171ª Seção do Conselho da Associação Médica Mundial, no Chile, estabeleceu o Direito à informação do paciente da seguinte forma:

- a) O paciente tem direito a receber informação sobre sua pessoa registrada em seu histórico médico (registros médicos) e a ser totalmente informado sobre sua saúde, inclusive dos fatos médicos sobre sua condição.
- b) Excepcionalmente, pode ser retida informação ao paciente quando haja uma boa razão para acreditar que essa informação representaria um sério perigo para a sua vida ou sua saúde.
- c) A informação deve ser feita de maneira apropriada à cultura local e da forma que o paciente possa entendê-la.
- d) O paciente tem direito de ser informado, se assim solicitar de forma expressa, a menos que o exija a proteção da vida de outra pessoa.
- e) O paciente tem direito de eleger quem deve ser informado em seu lugar.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL. **Código de Ética Médica**. http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em: 05/09/2015 às 12h12.

⁵⁸ BRASIL. **Declaração de Santiago**. <http://carlossilveira.com/artigo.php?id=25>. Acesso em 03/02/2013 às 14:17h.

Se no momento em que o médico esclarece seu paciente sobre o tratamento, este não for claro e objetivo, gerando um defeito na informação, corre o risco de ser responsabilizado em um eventual dano sofrido.

Dessa forma, o médico não tem direito de privar o paciente de informações sobre o seu estado de saúde e procedimentos adotados, exceto nos casos previstos em lei, tem o dever de informar a ele todas as explicações sobre o tratamento adequado, caso contrário, estará agindo em desacordo com o Código de Ética Médica e o Código de Defesa do Consumidor, desrespeitando os princípios que norteiam a relação médico-paciente.

3.5.1 Conceito e Natureza Jurídica do Consentimento Informado

A palavra consentimento tem vários sinônimos, quais sejam: permissão, autorização, concordância, entre outros. Significa dizer que em qualquer ato, a pessoa que consente, está de acordo com a situação.

Nas lições de Luciana Mendes:

O paciente tardou a tomar consciência de tal mudança, o que somente ocorreu quando começou a litigar judicialmente contra médicos que exerceram mal sua atividade, restando danos materiais, físicos e morais. Ou seja, perante os tribunais, em ações de responsabilidade civil.⁵⁹

Com esta mudança de comportamento do paciente, com relação a autodeterminação do seu corpo, o médico viu-se obrigado a acompanhar esta evolução, devendo prestar todo o seu conhecimento, elevando os riscos e benefícios que determinado tratamento ou cirurgia pode ocasionar.

O consentimento informado no tratamento médico significa a concordância do paciente em realizar determinado procedimento médico, com base em todas as informações trocadas entre médico e paciente, que inclui diagnóstico, prognóstico, riscos, benefícios, medicação a ser ministrada, cuidados no pré e pós tratamento ou cirurgia.

⁵⁹ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

Luciana anota que: “o consentimento é indispensável para que as condutas do tratamento médico sejam consideradas lícitas, visto que representa a autodeterminação do paciente na renúncia à proteção de um bem jurídico”.⁶⁰

A Resolução nº 196 do Conselho Nacional de Saúde, dispõe a seguinte definição sobre consentimento informado:

II.7 - Consentimento livre e esclarecido - anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.

II.26 - Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE - documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar.⁶¹

Quanto à natureza jurídica do consentimento informado, classifica-se como um ato jurídico voluntário com consequências provenientes da própria lei, conforme artigos 13 e 15 do Código Civil:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.⁶²

Como mencionado acima, o consentimento informado é um ato jurídico e dentre deste conceito é importante distinguir as duas espécies deste ato: ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. O primeiro gera consequências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas; o segundo é decorrente da vontade das partes, mas esta vontade deve estar reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Luciana distingue as duas espécies da seguinte forma:

O ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem em estrutura, função e efeitos. São diferentes na

⁶⁰ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, pg 81.

⁶¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde**. http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_EN_CEP2012.pdf. Acesso em 07/09/2015 às 21h28.

⁶² BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

estrutura, visto que o ato jurídico é formado por uma ação e vontade simples, cujos efeitos jurídicos dependem de lei; e no negócio jurídico, a vontade é qualificada, com finalidade específica de gênese, modificação ou extinção de direitos.⁶³

Portanto, o consentimento informado se enquadra como um ato jurídico em sentido estrito, pois não gera direitos para a outra parte.

3.5.2 Requisitos de Admissibilidade do Consentimento Informado

O consentimento informado deve ser revestido de alguns requisitos, para ter validade no âmbito jurídico e produzir efeitos, quais sejam: capacidade, informação e o consentimento propriamente dito.

Desta forma, será analisado cada requisito de admissibilidade do consentimento informado, verificando suas peculiaridades e efeitos.

3.5.2.1 Capacidade para consentir

Um dos requisitos para que o consentimento informado seja válido é a capacidade de consentir. O paciente ou seu responsável legal diante de todas as informações prestadas pelo médico consentirá ou não para o tratamento ou cirurgia, exceto nos casos de risco iminente de morte, onde o médico tomará a decisão.

Para que o consentimento informado tenha validade deve ser consentido por uma pessoa capaz, o Código Civil sobre a capacidade e a incapacidade disciplina que:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

⁶³ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

IV - os pródigos.⁶⁴

Diante de tais dispositivos, em regra, para o consentimento ter validade, deve ser dado por um paciente maior de 18 anos e com capacidade plena, podendo tomar a sua própria decisão. Nos casos de pacientes absolutamente incapazes, o consentimento deverá ser prestado por seu pai, tutor ou curador, para que o mesmo produza os efeitos legais e seja considerado válido.

Já o relativamente incapaz, apresenta um grau de discernimento reduzido, possui algumas limitações, porém sua vontade poderá ser considerada.

No caso de consentimento por incapazes, menores e portadores de doenças mentais, a capacidade para consentir sobre decisões médicas é diferente da capacidade estabelecida pelo Código Civil. Quando se trata de menores, o médico e os responsáveis devem verificar a maturidade deste menor, afinal o que será decidido é referente ao seu corpo, e, nada mais justo que este seja ouvido e transmita a sua vontade, contudo, o consentimento informado de menores sempre estará vinculado aos seus responsáveis.

Tratando-se de incapaz com doença mental, deverá ser verificado se este possui um mínimo grau de discernimento, para avaliar a sua capacidade de consentir e após o seu representante legal.

No que concerne a capacidade e incapacidade especificamente para o consentimento informado, Luciana Mendes, explica:

O que edifica a capacidade para consentir a respeito de um tratamento de saúde é a possibilidade de o paciente racionalmente decidir sobre os valores (custo-benefício do tratamento), os fatos, as alternativas (consequências e riscos), a autodeterminação pertinente a informação recebida e a possibilidade concreta de consentir perante determinado tratamento.

Diversas situações deverão ser analisadas para que se determine a incapacidade para consentir: inconsciência (traumática ou medicamentosa), doença mental (grave ou não), dor, coma, abalo psicológico, alterações hormonais (adolescentes, mulheres na menopausa), idade (pessoas muito novas ou muito idosas).⁶⁵

A autora Luciana Mendes Pereira Roberto em sua obra “Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento informado”, explica:

“O consentimento informado é o consentimento dado pelo paciente, baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser submetido e

⁶⁴ BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

⁶⁵ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.

dos riscos, possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento. Ou seja, é uma concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional de saúde em troca do pagamento do paciente ou responsável, estando este informado adequadamente do que está consentido.”⁶⁶

A partir do momento em que o médico fornece todas as informações sobre o tratamento que será aplicado, o paciente terá como tirar todas as suas dúvidas e poderá ou não optar pelo tratamento, dependendo exclusivamente de sua vontade, exceto naqueles casos em que a vida do paciente corre risco de morte.

O Código de ética Médica em seu capítulo IV – Direitos Humanos, dispõe em seu artigo 22:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.⁶⁷

Quando se fala em consentimento informado, não é apenas um pedaço de papel assinado pelo paciente, é um processo que começa muito antes do início de qualquer tratamento médico, com a obrigação do médico de informar o diagnóstico, quais são as alternativas, os riscos e os benefícios ao paciente, desde o início, durante e o fim do tratamento.

Destarte, a vontade do paciente é de fundamental importância para que o consentimento informado seja válido, nas situações em que o paciente é incapaz, deverá ser verificada se este possui maturidade ou o mínimo de grau de discernimento para demonstrar a sua manifestação de vontade, vinculada a autorização de seus pais ou responsável legal.

3.5.2.2 Informação

Já foi abordado nas linhas acima o dever de informação por parte do médico, que inclusive é um dos pressupostos de admissibilidade do consentimento informado, pois a partir do momento em que o médico repassa todas as informações inerentes ao tratamento ou cirurgia, o paciente vai declarar a sua vontade, a qual será válida.

⁶⁶ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83.

⁶⁷ BRASIL. **Código de Ética Médica**. http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp.. Acesso em 07/09/2015 às 21h43.

Para que o médico não venha a sofrer uma futura ação judicial, deve se precaver em todos os sentidos, agindo com cautela e zelo. Para proceder com o tratamento médico deve ter o consentimento livre de seu paciente, efetuando troca de informações, revelando a necessidade de exames, tratamentos ou cirurgias, demonstrando os prováveis riscos e benefícios de cada um.

Quando o médico vai repassar as informações aos seus pacientes, deve repassar de forma clara, visto que os mesmos são leigos e muitas vezes não sabem o significado de termos técnicos utilizados na Medicina.

Luciana Mendes Roberto leciona da seguinte forma:

Assim, o dever de informar é também revestido de uma problemática que gira em torno do que deve o profissional de saúde realmente informar. Dependendo do estado de saúde do paciente, uma notícia sobre a necessidade de um tratamento devido a um câncer, por exemplo, pode trazer mais dificuldades do que benefícios. Neste caso, cabe ao médico averiguar sobre o que deve ser informado, pensando sob o prisma da melhora do paciente.⁶⁸

O paciente tem direito a informação e em contrapartida o médico tem o dever de informar, e a informação deve ser completa, verdadeira e adequada.

Nas lições do doutrinador Sergio Cavalieri Filho, sobre o consentimento informado, entende-se que:

Na verdade, o direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam” (art.6º, III do Código de Defesa do Consumidor). A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.⁶⁹

Nesse sentido, Cavalieri, cita um julgado o qual demonstra as consequências que o risco inerente vinculado a falta de informação do médico pode ocasionar:

O paciente foi submetido a uma cirurgia de prostatectomia, decorrente de um diagnóstico de hipertrofia prostática, ou seja, próstata aumentada de volume. Realizada a intervenção cirúrgica, o paciente veio a sofrer incontinência urinária e impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, foi alegado o risco inerente, tendo a perícia médica confirmado que a incontinência urinária e a impotência sexual são consequências inevitáveis naquele tipo de cirurgia, pelo menos naquele caso específico, pelo o que não haveria que se falar em culpa, sequer defeito do serviço. Mesmo assim o pedido indenizatório foi

⁶⁸ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 116.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 439 e 440.

acolhido, porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir, e só ele, se os correria ou não. Em suma, faltou o consentimento informado.⁷⁰

Como se vê, é de fundamental importância o médico informar o tratamento ou cirurgia que o paciente vai ser submetido, pois mesmos os riscos inerentes não serão excluídos em determinada responsabilização, caso fique comprovado que o paciente não foi comunicado das consequências que tal cirurgia pode acarretar em seu corpo.

A informação é um direito do paciente, que terá ciência do seu estado de saúde e qual será a melhor opção de tratamento, é base para que o paciente decida se vai ou não realizar o tratamento ou cirurgia, equilibrando seus prós e contras, exceto nos casos onde há risco iminente de morte.

3.5.2.3 Consentimento propriamente dito, livre e esclarecido

Após a troca de informações entre médico e paciente, deixando clara a real situação do estado de saúde e indicando o tratamento ou cirurgia adequada, relatando todos os riscos e benefícios que poderão ocorrer durante e após o tratamento, o médico deverá obter o consentimento do paciente para realizar qualquer tipo de intervenção.

Portanto, antes do médico realizar qualquer tipo de tratamento ou intervenção cirúrgica, deverá obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal, pois caso contrário, estará incorrendo em um ato ilícito, civil, ético ou penal.

Luciana Mendes Roberto, explica sobre a ausência do consentimento informado:

Somente após a obtenção do consentimento é que o profissional de saúde executará os tratamentos ou qualquer procedimento no paciente, de forma lícita. Caso contrário, estará incorrendo no risco de estar expondo a integridade física e a saúde dos pacientes a uma unilateral e arbitrária intervenção, atingindo a liberdade, a integridade física, a saúde e a dignidade do paciente. Assim, o profissional de saúde não pode praticar qualquer conduta em seu paciente contra a sua vontade, nem mesmo quando a intervenção traga benefícios ao doente. E se assim o fizer, estará cometendo um atentado contra a sua liberdade pessoal.⁷¹

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^o ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 440

⁷¹ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2^o Ed. 3^o reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 126.

A forma do consentimento informado pode ser oral ou escrita, é evidente que a forma escrita resguarda mais os direitos do médico, desde que no referido documento esteja minuciosamente detalhado o tratamento e suas possíveis consequências, principalmente nos casos mais complexos.

Quanto a forma, Luciana afirma:

Quanto mais complicado o tratamento, mais importante ter o consentimento escrito, pois esse instrumento conterà todas as informações prestadas quanto aos riscos, alternativas e explicações diversas. Por outro lado, tanto mais modesto ou simples, o tratamento menos importante se faz a instrumentalização do consentimento, bastando a oralidade.⁷²

O paciente a partir de seu diagnóstico pode se recusar a realizar o tratamento ou cirurgia, por motivos religiosos, éticos, profissionais e etc. Esta decisão de recusa é um direito do paciente, em vista de sua autodeterminação, pois tem direito de decidir livremente sobre o seu corpo e esta decisão deve ser respeitada pelo profissional médico, por mais absurda que seja. Exemplo disso são pessoas que necessitam de transfusão de sangue e se negam a realizar tal tipo de procedimento porque seguem os ensinamentos das Testemunhas de Jeová. (Roberto, 2012, p.130-131).

Independente da situação seja esta, de aceitação ou recusa do tratamento ou cirurgia médica, o médico deve se resguardar e formalizar documentos onde constem cada detalhe do procedimento adotado com os riscos e possíveis complicações que podem ocorrer.

3.6 EXCEÇÕES A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Até o presente momento foi visto que o consentimento informado é de suma importância no tratamento médico, é uma garantia do paciente, a qual demonstra a sua autodeterminação e liberdade para tomar decisões referentes a sua saúde física e mental.

Contudo, existem situações em que o consentimento informado do paciente é dispensado, Luciana diz que: (...) são os casos de tratamento de emergência, privilégio terapêutico e situações de tratamento compulsório”.⁷³

⁷² ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 127.

⁷³ Ibid, p. 134.

Ragazzo, elenca cinco situações em que o consentimento informado é dispensável: “grave perigo para saúde pública, emergências, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente e direito de o paciente não receber informações”.⁷⁴

O art. 22 do capítulo IV – Direitos Humanos, e o artigo 31 no capítulo V – Relação com Pacientes e Familiares do Código de ética Médica, disciplina quando é possível a dispensa do consentimento informado:

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

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.⁷⁵

Importa lembrar que mesmo nas situações em que o médico toma as decisões, em virtude do iminente perigo de vida do paciente, não o exime de informar a família os acontecimentos.

A dispensa do consentimento em casos de emergência são geralmente quando a vida do paciente está em risco, não havendo tempo hábil para lhe explicar a situação e tomar seu consentimento, visto que o médico deve tomar a decisão, agindo com cautela e de acordo com as normas do Código de Ética Médica e demais dispositivos legais.

Nas situações que envolvem emergência, Luciana Mendes Roberto, explica:

Trata-se de um consentimento presumido em que o paciente concordaria com o tratamento se estivesse em condições de outorgá-lo. Essa exceção autoriza os procedimentos necessários para tirar o paciente da situação de emergência. Quando o paciente recobrar a lucidez e tiver capacidade para dar consentimento, assim deverá ser feito com os cuidados posteriores.⁷⁶

Portanto o médico perante uma emergência, onde há risco iminente de perigo de vida do paciente deverá agir com prudência e de acordo com a ética médica, utilizando-se de todos os meios possíveis para salvar a vida desta pessoa. Contudo, após o atendimento realizado, o médico deve informar ao paciente ou familiares os

⁷⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1º Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

⁷⁵ BRASIL. **Código de Ética Médica**. <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo>. Acesso em 15/09/2015 às 20h.

⁷⁶ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Op.cit.

métodos utilizados e posteriormente obter o consentimento para a manutenção do tratamento.

Outra situação que é vista como exceção ao consentimento informado é o privilégio terapêutico, pois nesse tipo de situação do privilégio terapêutico, o médico está tentando preservar a saúde do paciente, retendo informações sobre o seu atual estado que podem piorar ou agravar mais a sua situação.

O Código de ética Médica devidamente regulamentado e detalhado, descreve o privilégio terapêutico em seu art. 34:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.⁷⁷

Por mais que o paciente não seja informado diretamente do seu estado de saúde, o médico irá comunicar ao seu responsável legal ou familiar as providências que poderão ser tomadas com seus riscos e benefícios, cumprindo com o seu dever de informação.

Por mais delicado que seja o estado de saúde do paciente, o médico deve ocultar apenas as informações que realmente provoque danos, repassando as demais informações referentes ao tratamento.

A última exceção a ser tratada será a do tratamento compulsório, na qual, pelas lições de Luciana Mendes Roberto: “neste caso, a saúde e bem-estar sociais e comunitários são colocados em superioridade a valores individuais da pessoa, como a liberdade e a autodeterminação (...)”.⁷⁸

Enfim, todas essas exceções analisadas devem ser aplicadas com cautela, deve ficar caracterizado a situação de emergência, privilégio terapêutico e tratamento compulsório, cada uma com suas peculiaridades. Contudo, o dever do médico é sempre de informar o seu paciente ou responsável de todos os riscos e benefícios e obter o consentimento deste, pois mesmo no caso das exceções, dependendo do caso concreto, poderá ser considerado inadimplente, por tratar-se de um assunto de extrema fragilidade.

⁷⁷BRASIL. **Código de Ética Médica**. <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo>. Acesso em 07/09/2015 às 21h43.

⁷⁸ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 135.

3.7 PROVA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O paciente quando se sente lesado por um tratamento ou cirurgia médica que gerou danos a sua saúde, pode propor uma ação judicial em face do profissional médico para reparar os danos sofridos.

Quando se trata de meios de prova no âmbito processual, o artigo 333 do Código de Processo Civil trata de tal situação.

Diante de tal dispositivo legal, se extrai que cabe ao autor fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito. Contudo, a relação médico/paciente é vista como uma relação de consumo, assim, poderá ser aplicado o art. 6º, VII do CDC “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Assim, tendo em vista a relação consumerista existente entre médico/paciente, o magistrado poderá inverter o ônus da prova a favor do paciente, em razão de sua hipossuficiência, atribuindo ao médico o ônus de provar que não houve ilícito, sendo este o entendimento da jurisprudência.⁷⁹

Ragazzo destaca um fator de grande importância quando se trata da inversão do ônus da prova: “É importante notar que a inversão se aplica não só quanto à

⁷⁹AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS, QUE NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DEFERIMENTO - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA CARACTERIZADAS. RECUSO DESPROVIDO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR1 - A relação médico-paciente se apresenta na doutrina e jurisprudência como relação de consumo, presentes que estão as figuras do consumidor, fornecedor e prestação de serviços médicos. Logo, a relação médico-paciente deve ser regida pelos parâmetros reguladores do Código de Defesa do Consumidor, por ser legislação específica, prevalente, portanto, sobre lei que tenha caráter geral. A necessidade de se perquirir acerca da culpa, em relação aos profissionais demandados, ex vi do § 4º, do art. 14, do CDC, não descaracteriza a natureza de consumo da relação médico/paciente, nem afasta a aplicação das demais disposições do Código Consumerista, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus probatório, quando preenchidos os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC. Código de Defesa do Consumidor § 4º 14 CDC 6º VIII CDC 2 - **A inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendida no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil as alegações iniciais ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6º, VIII). In casu, correta a decisão que procedeu a inversão do ônus da prova, quando restou configurada a verossimilhança dos fatos narrados, e a hipossuficiência técnica dos consumidores em relação aos médicos. Código de Defesa do Consumidor.** (6440891 PR 0644089-1, Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 24/06/2010, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 427). Acesso em 07/09/2015 às 22h21.

prova do dano e do nexos de causalidade entre o dano e o serviço, mas também quanto à culpa do profissional liberal”.⁸⁰

Pois bem, o magistrado aplicando a inversão do ônus da prova, o médico deverá produzir prova para afastar a sua culpa, demonstrando que agiu em conformidade com as normas aplicáveis da Medicina, utilizando métodos permitidos, comprovando que repassou todas as informações ao seu paciente e que obteve o consentimento deste, eximindo-se de qualquer ato de negligência, imprudência ou imperícia.

Nessa seara, se o paciente propõe uma ação judicial em face do médico, alegando ausência de informações, caberá ao profissional o ônus de provar que informou ao seu paciente todos os riscos e possíveis consequências de determinado tratamento ou cirurgia, obtendo o seu consentimento.

Como visto, o dever de informar do médico está estritamente vinculado ao consentimento do paciente para se submeter a tratamentos ou cirurgias médicas. O médico para fazer prova de que cumpriu com o seu dever de informar deve utilizar todos os documentos e demais provas referentes ao histórico do paciente.

Ragazzo de forma clara, explica que:

Ou seja, o consentimento informado deve ser diferenciado da sua instrumentação, pois muito embora o paciente possa ter assinado um documento (comumente chamado de termo de consentimento informado), isso jamais será suficiente para que se considerem adimplidas as obrigações de informar do médico.⁸¹

Segue abaixo trechos retirados de um artigo “O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente”, que ilustra medidas preventivas que o médico pode tomar para evitar uma responsabilização:

Para a necessária documentação do cumprimento do dever de informar, é preferível que os médicos se utilizem de outros meios de prova, dentre os quais se destaca o prontuário ou processo clínico do paciente.

A anotação diligente no prontuário de todas as providências tomadas com relação ao paciente, inclusive com a indicação dos nomes das pessoas que tenham assistido ao concreto diálogo de esclarecimento, é providência relativamente simples, mas já suficiente para provar em juízo o cumprimento do dever de informar, seja pela exibição do prontuário, seja pela oitiva das pessoas ali indicadas.

Também constitui um meio de prova relativamente confiável e consistente o testemunho de colegas e colaboradores de que o médico cumpre habitual e

⁸⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1º Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121 a 122.

⁸¹ Ibid, p. 124.

diligentemente o dever de informar e de obter um consentimento esclarecido.

Entretanto, mais do que se prevenir contra possíveis ações judiciais, é importante que o profissional médico busque sempre aprimorar os meios de comunicação para com seus pacientes. De fato, se a relação médico-paciente for construída em sólidas bases de profissionalismo, lealdade e confiança, dificilmente irá resultar em litígio.⁸²

O médico que age com prudência e diligência no exercício de sua profissão, deve se cercar de todos os documentos e provas que cumpriu com o seu dever de informar e obteve o consentimento válido do seu paciente, evitando assim uma condenação numa eventual ação de reparação por danos.

⁸² BRASIL. <http://jus.com.br/revista/texto/4635/o-dever-de-informar-do-medico-e-o-consentimento-informado-do-paciente#ixzz2Kz3JYZYz>. Acesso em 07/09/2015 às 14:00h.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

4.1 HOSPITAIS E SEUS SERVIÇOS

O hospital não engloba apenas o serviço de atendimento médico, mas também serviços relativos a exames, enfermagem, e de hotelaria, entendido quando o paciente fica internado e utiliza da hospedagem, alimentação, e serviços de rouparia do hospital.

O doutrinador Nehemias entende o hospital como:

De destacar, inicialmente, que o hospital é uma verdadeira universalidade de fato, formada por um conjunto de atividades que inclui instalações, aparelhos, instrumentos, corpo de pessoal administrativo e médico. Quando recebe um paciente, o hospital firma um contrato de prestação de serviços, seja escrito, verbal ou tácito, pelo qual se obriga a prestar serviços de qualidade, seja médico ou outros complementares, tais como, hospedagem, alimentação, medicamentos, equipamentos necessários ao tratamento ministrado, além de outros prestados pelo corpo de pessoal auxiliar, administrativo e de enfermagem.⁸³

Assim, tem-se que o hospital fornece ao paciente diversos serviços, mas o ato médico não é realizado pelo hospital, apenas pelo profissional médico.

Maria Helena Diniz diz que:

Nítido é o caráter contratual da responsabilidade dos proprietários e diretores de hospitais e clínicas, até mesmo em face do tratamento gratuito. Sua obrigação é semelhante à do hoteleiro, compreendendo deveres de assistência médico-hospitalar e de hospedagem (CC, arts.932, IV, 933, 942, parágrafo único).⁸⁴

Assim, o Código Civil profere que:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.⁸⁵

Conforme, artigo 932, inciso IV do Código Civil, o hospital responde por reparação civil, em caso de dano oriundo pelo serviço de hotelaria, pois o paciente

⁸³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 157.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 29º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 415.

⁸⁵ BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

ao interna-se no hospital, utiliza do aluguel do quarto e dos serviços relativos a uma hospedagem, equiparando a doutrina a serviço de hospedaria.

Isto posto, verifica-se que o contrato entre o paciente e o hospital pode ser considerado misto, ou seja, além da prestação de serviços médicos, também há a figura do contrato de serviços de hotelaria, enfermagem, laboratório, tesouraria, lavanderia, alimentação, entre outros.

4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL.

Os hospitais são fornecedores de serviços, um serviço complexo, que cuida da vida e saúde do paciente que é equiparado a consumidor, conforme explanado em tópicos acima.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

Os hospitais realizam uma atividade de alto risco porque inevitavelmente as pessoas estão doentes e os tratamentos modernos são feitos em ritmo acelerado, num ambiente de alta pressão, envolvendo muitas tecnologias complexas e muitos profissionais. Uma operação no coração, por exemplo, pode envolver uma equipe de até 60 pessoas, aproximadamente o mesmo número necessário para deixar um avião a jato pronto para voar.⁸⁶

Faz-se necessário tratar acerca da responsabilidade civil do hospital, e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quanto a aplicabilidade da relação de consumo existente entre o paciente e o hospital.

Nas lições de Nehemias:

Nessa perspectiva, entre o hospital e o paciente se estabelece uma perfeita relação de consumo. Pelo contrato de prestação de serviços médico-hospitalar temos de um lado o consumidor (paciente) e de outro lado o fornecedor (hospital), de tal sorte que na eventualidade de falhas na prestação destes serviços devem ser aplicadas, primacialmente, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) e, subsidiariamente, as do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02).⁸⁷

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao dispor que o fornecedor de serviços, responde independentemente de culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, mas no §4º preferiu que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 448.

⁸⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 157.

Miguel Kfouri Neto para explicar de que forma os hospitais respondem, faz a seguinte diferenciação: atos extraordinários, atos paramédicos e atos médicos.

Para Miguel Kfouri Neto no tocante aos atos extraordinários:

Os danos sofridos pelos pacientes, pela defeituosa prestação dos serviços extramédicos – queimaduras, fraturas devido a quedas, alimentos deteriorados, mau funcionamento de equipamentos etc. – acarretam a responsabilidade do hospital, pelo defeito do serviço, na forma que preceitua o Código de Defesa do Consumidor.⁸⁸

Assim, os atos extraordinários seriam aqueles acontecimentos que geraram ao paciente algum dano, mas não tem relação com a atividade médica, podem ter relação com o serviço prestado na hotelaria, na segurança do hospital, ou ainda na manutenção e funcionamento de equipamentos hospitalares.

No tocante aos atos paramédicos, são os atos praticados pela equipe de enfermagem, ou outros profissionais da área da saúde, como técnicos de enfermagem, auxiliares.

Miguel Kfouri, quanto aos atos paramédicos diz que: “(...) eventuais lesões sofridas pelos pacientes, advindas da má prestação desses serviços, também se subordinam as regras do CDC – e pelos danos torna-se responsável o hospital (...)”.⁸⁹

Por fim, os atos essencialmente médicos são aqueles praticados somente por médicos habilitados.

Kfouri Neto, em relação aos atos essencialmente médicos dispõe que:

(...) o médico haverá de responder pelos danos decorrentes da própria atuação – desde que provada sua culpa. Quanto aos atos puramente médicos, responderá o hospital, solidariamente – como veremos a seguir – mediante comprovada imperícia, imprudência ou negligência do profissional de medicina.⁹⁰

Ainda, Sergio Cavaliere Filho profere que:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v.g em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e bebe caiu ao chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões de enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v.g queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços

⁸⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

⁸⁹ Ibid, p, 37.

⁹⁰ Ibid, p, 39.

técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou que neles sejam conveniados.⁹¹

Cabe ainda explanar que a responsabilidade dos hospitais pelos atos extraordinários e paramédicos é objetiva, ou seja, o hospital responde de forma objetiva pelo erro cometido por um de seus funcionários, conforme visto pela exposição doutrinária acima.

Mas a questão principal do presente trabalho é se os hospitais em decorrência de erro médico respondem de forma objetiva ou subjetiva, sendo necessário diferenciar o médico que atua como membro do corpo clínico do hospital, do médico que não tem vinculação de emprego com o hospital.

4.3 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS PELOS ATOS DOS MÉDICOS EMPREGADOS OU MEMBROS DO CORPO CLÍNICO.

Muitos doutrinadores divergem no entendimento do artigo 14 do CDC, que profere que a responsabilidade será objetiva, em virtude do contido no §4º do citado artigo, por abrir exceção aos profissionais liberais, alegando que só estes serão responsabilizados mediante prova da culpa.

Então doutrinadores, começam a divergir se a responsabilidade do hospital pelo erro do médico estaria enquadrada em responsabilidade objetiva ou subjetiva, e assim faz-se necessário analisar se o médico aqui é apenas um profissional liberal ou se possui vínculo empregatício com o hospital ou é integrante do corpo clínico.

Como vimos em tópicos anteriores, a responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, depende da prova de culpa, e a responsabilidade dos hospitais é objetiva, quanto ao fato do serviço ocasionado por seus funcionários e prepostos.

A súmula 341 do STF diz que: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.⁹² Verificamos que o hospital responderá pela responsabilidade objetiva, por presunção *juris et de jure*.

O enunciado nº 191 do Conselho de Justiça Federal, dispõe que: “A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do Código Civil, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”.⁹³

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 449.

⁹²BRASIL. **STF**. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 08/09/2015 às 18h48.

O doutrinador Nehemias, citando Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, diz que:

Com a autoridade de quem foi um dos elaboradores do projeto do Código de Defesa do Consumidor, leciona que a exceção aplica-se apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que eles integrem ou para as quais prestem serviços. Explica mais: “O Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.”⁹⁴

Os hospitais possuem em seu quadro de funcionários, além da equipe administrativa, equipe de limpeza, enfermeiros, fisioterapeutas, psicólogos, e médicos, entre outros.

Tem-se que esses profissionais, inclusive médicos quando são contratados pelo hospital, recebem ordens e instruções do diretor do hospital, ou seja, existe um caráter de subordinação.

Nas palavras de Gonçalves: “Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 1, caput do CDC (...)”.⁹⁵

Assim, se um médico que faz parte do quadro de funcionários do hospital, devido a sua conduta negligente, imprudente ou imperita, provocar dano ao paciente, o hospital responderá objetivamente.

Cavaliere diz que: “É o hospital, portanto, objetivamente, sem permissão de enfiar no caso de discussão de sua culpa ou não culpa, pelo resultado lesivo provocado por profissional médico, integrante de seus quadros, que agiu com culpa”.⁹⁶

Quando falamos em paciente que estava internado e faleceu devido a infecção hospitalar, deve-se entender que a responsabilidade não é do médico que tratou do paciente e sim do hospital.

⁹³ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 08/09/2015 às 19h11.

⁹⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162 e 163

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 276 e 277.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 453.

Importante destacar que quando apenas o hospital é responsabilizado, se comprovada a culpa do médico, o hospital pode buscar o ressarcimento dos prejuízos que suportou.

4.4 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS PELOS ATOS DOS MÉDICOS SEM VINCULAÇÃO DE EMPREGO COM O HOSPITAL.

Neste tópico será tratada a responsabilidade do hospital por atos dos médicos que não tem vinculação de emprego ou subordinação com a entidade hospitalar.

Muitos médicos, que atuam como profissionais liberais, acabam por firmar contrato com entidade hospitalar, a fim de alugar suas dependências para realizar cirurgias e tratamentos.

O Código de Ética Médica, no capítulo II – Direitos dos Médicos, dispõe que:

É direito do médico:

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.⁹⁷

Em casos que necessitam de cirurgia, por exemplo, o paciente procura o médico em seu consultório, e este analisando que há necessidade de realizar uma cirurgia encaminha o paciente para o hospital que é credenciado, ou que possui contrato, a fim de utilizar do centro cirúrgico e instalações do hospital.

Nas lições de Maria Helena Diniz:

A administração hospitalar não se responsabilizará pela falta técnica do médico, que, não sendo preposto ou empregado seu, agiu no exercício de sua profissão; logo, a responsabilidade será apenas do médico (CC, art.951) que, p.ex., cortar órgão vital durante uma operação, administrar remédio a que o doente é alérgico etc, (...) Não se pode responsabilizar hospital se paciente contratou diretamente o médico que realizou a cirurgia.⁹⁸

Seria uma falha grosseira responsabilizar o hospital por erro médico, sendo que o médico não possui vínculo nenhum com o hospital e o §4º do artigo 14 do CDC, diz que os profissionais liberais respondem por culpa, ou seja, de forma subjetiva.

⁹⁷ BRASIL. http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20659:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iv-direitos-humanos&catid=9:codigo-de-etica-medica-tual&Itemid=122. **Código de Ética Médica**. Acesso em 07/09/2015 às 21h50.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 29º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 416.

O doutrinador Miguel Kfoury Neto em sua obra *responsabilidade civil dos hospitais*, citou um julgado do Superior Tribunal de Justiça que diz que:

Também o Superior Tribunal de Justiça, o Min. Aldir Passarinho reafirmou inoportunidade passiva do hospital, para responder solidariamente com o médico que não mantém vínculo com o nosocômio. Enfatizou o relator que, para se responsabilizar o hospital, há de ser provada especificamente sua responsabilidade como estabelecimento empresarial em relação a algum ato vinculado, ou seja, decorrente de falha de serviço prestado. Quando a falha técnica é restrita ao profissional médico, mormente sem vínculo com o hospital, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 908.359-SC, DJe 17.12.2008, e REsp 258.389-SP, DJ 22.08.2005.⁹⁹

Nas palavras de Gonçalves: “Se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento”.¹⁰⁰

Na maioria dos casos recentes, o paciente ao ingressar com a ação por erro médico, o faz colocando o hospital no polo passivo da demanda, e os hospitais, no caso de médico que não faz parte de seu corpo clínico, ou que não é seu funcionário, alega ilegitimidade passiva, porém muitos juízes tem afastado a mesma, devido a falta de provas, conforme julgado.¹⁰¹

Assim, quando o hospital apenas cede suas instalações para o médico realizar cirurgia ou tratamento no paciente, e caso ocorra um erro médico, não há o nexo de causalidade entre o hospital e o paciente, apenas entre paciente e médico, e o paciente deverá comprovar a imprudência, negligência ou imperícia por parte do médico, e o correto seria reconhecer a ilegitimidade passiva do hospital.

Por fim, só cabe esclarecer que o hospital responderá de forma objetiva, em qualquer caso que envolve falha em seus serviços como: enfermagem, limpeza,

⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 277.

¹⁰¹ AGRADO DE INSTRUMENTO. Erro médico. Legitimidade passiva do hospital. Alegação de que apenas cedeu as instalações, não tendo ingerência ou responsabilidade pelo procedimento cirúrgico e seus desdobramentos. Reconhecimento que a apreciação da questão deverá ser relegada para o momento do exame do mérito da causa. Impossibilidade de se aferir, por ora, as causas que resultaram no insucesso cirúrgico e as respectivas responsabilidades, se mostrando prematuro reconhecer a ilegitimidade passiva de qualquer dos réus. Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 20697758320148260000 SP 2069775-83.2014.8.26.0000, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 13/05/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2014). <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120446040/agravo-de-instrumento-ai-20697758320148260000-sp-2069775-8320148260000>. Acesso em 08/09/2015 às 19h17.

equipe administrativa, hospedagem, material utilizado na prestação dos serviços, entre outros.

4.5 RESPONSABILIDADE DO DIRETOR DO HOSPITAL

Importante tratar da responsabilidade civil do diretor do hospital, visto que o Decreto 20.931/1932, que regula o exercício da medicina, dispõe em seu artigo 28º que:

Art. 28 Nenhum estabelecimento de hospitalização ou de assistência médica pública ou privada poderá funcionar, em qualquer ponto do território nacional, sem ter um diretor técnico e principal responsável, habilitado para o exercício da medicina nos termos do regulamento sanitário federal.¹⁰²

Ainda a Lei 3999/61 em seu artigo 15º elenca que: Os cargos ou funções de chefias de serviços médicos somente poderão ser exercidos por médicos, devidamente habilitados na forma da lei.¹⁰³

Então todo hospital deve obrigatoriamente ter um diretor técnico, no caso, médico, que será responsável por tudo que ocorre dentro do hospital, principalmente relacionado ao tratamento médico dos pacientes.

Os médicos que pertencem ao quadro de funcionários do hospital estarão, subordinados ao diretor técnico e clínico do hospital, dele recebendo ordens e executando as tarefas médicas, conforme determinando, sempre respeitando a ética médica.

A resolução nº 1342 do Conselho Federal de Medicina, estabelece as normas sobre responsabilidade e atribuições do Diretor Técnico e do Diretor Clínico de um hospital, bem como, elenca em seu artigo 2º as atribuições do diretor técnico, e em seu artigo 3º as atribuições do diretor clínico, quais sejam:

Art. 2º - São atribuições do Diretor Técnico:

- a) Zelar pelo cumprimento das disposições legais e regulamentares em vigor.
- b) Assegurar condições dignas de trabalho e os meios indispensáveis à prática médica, visando o melhor desempenho do Corpo Clínico e demais profissionais de saúde em benefício da população usuária da instituição.
- c) Assegurar o pleno e autônomo funcionamento das Comissões de Ética Médica.

Art. 3º - São atribuições do Diretor Clínico:

¹⁰² BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm. Acesso em 08/09/2015 às 20h30.

¹⁰³ BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3999.htm. Acesso em 08/09/2015 às 20h22.

- a) Diretor e coordenar o Corpo Clínico da instituição.
- b) Supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição.
- c) Zelar pelo fiel cumprimento do Regimento Interno do Corpo Clínico da instituição¹⁰⁴

Analisando os artigos acima citados, percebe-se que o diretor técnico é que deverá assegurar o melhor desempenho do corpo clínico do hospital, e que o diretor clínico deverá supervisionar a execução das atividades dos médicos, restando comprovado a subordinação dos médicos integrantes do quadro de funcionários ou do corpo clínico aos diretores do hospital.

O artigo 11º da Resolução CFM Nº 997/80, estabelece que:

O Diretor Técnico, principal responsável pelo funcionamento dos Estabelecimentos de Saúde, terá obrigatoriamente sob sua responsabilidade a supervisão e coordenação de todos os serviços técnicos do estabelecimento, que a ele ficam subordinados hierarquicamente.¹⁰⁵

Maria Helena Diniz, em sua obra de responsabilidade civil profere que:

Nítido é o caráter contratual da responsabilidade dos proprietários e diretores de hospitais e clínicas, até mesmo em face do tratamento gratuito. Sua obrigação é semelhante do hoteleiro, compreendendo deveres de assistência médico-hospitalar e de hospedagem (CC, arts. 932, IV, 933, 942, parágrafo único).¹⁰⁶

Por fim, vislumbra-se que todo hospital deverá ser gerenciado e dirigido por um diretor técnico e clínico, os quais serão responsáveis pelo funcionamento do estabelecimento, e supervisionarão a atividade administrativa (hotelaria) e médica, e deverão zelar pelo funcionamento dentro das normas médicas e éticas do hospital.

4.6 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO DOS HOSPITAIS

Em tópico acima, foi tratado, se a obrigação do médico é de meio ou de resultado, e faz-se necessário agora explicar se a obrigação do hospital é de meio ou de resultado.

Conforme visto anteriormente, a obrigação do médico é uma obrigação chamada de meio, pois, o profissional não assume o compromisso de curar, mas de

¹⁰⁴ BRASIL. http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1991/1342_1991.htm. Acesso em 08/09/2015 às 21h.

¹⁰⁵ BRASIL. http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1991/1342_1991.htm. Acesso em 09/09/2015 às 8h.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 29º Ed, volume 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 415.

usar todas as técnicas e meios a fim de tentar a cura do paciente, ou de lhe amenizar o sofrimento. Salvo, nas cirurgias estéticas, quando o profissional assume o dever de deixar aquele paciente, por exemplo, com o nariz igual de uma atriz, ou com o rosto igual ao da boneca Barbie, como temos acompanhado pela mídia.

Em relação ao hospital, não poderia ser diferente no que tange ao atendimento médico, pois o hospital, quando interna ou atende na emergência um paciente, não assume com ele a obrigação de cura-lo, mas sim de aplicar todos os meios, técnicas e de usar de todos os aparelhos que possui para lhe garantir o melhor tratamento de saúde.

Cabe lembrar que o hospital também atua como “hospedeiro” e realiza outros serviços de exames laboratoriais, de alimentação, entre outros, e nesses casos assume a obrigação de resultado.

Nas lições de Nehemias:

(...) quando um hospital atende um paciente, firma um contrato de meio no que diz respeito à prestação de serviços médicos (quando o médico é seu empregado), logo sua obrigação é de prestar o melhor serviço, não se obrigando a curar. No que diz respeito aos outros serviços complementares prestados pelo hospital, os mesmo se enquadrariam como obrigação de resultado, aplicando-se nesse caso, então, a responsabilidade objetiva no tocante ao funcionamento defeituoso de instrumentos e equipamentos, bem como pelas falhas do pessoal paramédicos e pelos defeitos dos serviços de alimentação e hospedagem.¹⁰⁷

Miguel Kfoury Neto cita em sua obra um acórdão do Ministro João Otávio Noronha do STJ, que diz:

Data Venia de entendimentos contrários, não posso entender que a responsabilidade civil dos hospitais quanto as atividades desenvolvidas por médicos, independentemente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva, pois estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre médico e paciente é de resultado, visto que, em última análise, o hospital estaria garantindo o resultado que o médico não pode assegurar.¹⁰⁸

Isto posto, resta claro que o hospital em relação ao atendimento médico possui obrigação de meio, e em relação aos demais serviços fornecidos por ele possui obrigação de resultado.

¹⁰⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 161.

¹⁰⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg 114.

5 PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

5.1 Conceito e Objeto

Em todo processo judicial, é necessário que a parte que ingressou com a demanda, produza provas de suas alegações, a fim de demonstrar que sua pretensão deve ser acatada pelo juiz.

O Código de Processo Civil em seus artigos 333 dispõem que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁰⁹

Um conceito importante de prova é do doutrinador Nehemias:

A prova no sentido geral é o meio pelo qual se busca convencer alguém no tocante a uma determinada verdade. No que diz respeito a prova judiciária, podemos afirmar que é o meio pelo qual as partes procuram demonstrar a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação com a finalidade de convencer o julgador da certeza do direito posto em sua apreciação.¹¹⁰

Como bem observa o doutrinador Nehemias Domingos de Melo, as provas produzidas pelas partes devem ter conexão com o objeto do processo, ou seja, devem ser relacionadas com a causa, e devem estar ligadas com o ponto controvertido da demanda.

Ainda o artigo 334 do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos, no processo, como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.¹¹¹

Verifica-se que, conforme trata o artigo 334 do CPC, o juiz deverá avaliar os pontos controvertidos, e que tenham direta ligação com o processo.

Isto posto, percebe-se que a prova é o meio em que as partes demonstram em um processo que aquela situação ocorreu ou não, e de que forma ocorreu, se houve culpa por uma das partes, ou se ocorreu alguma das excludentes possíveis na legislação pátria.

¹⁰⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum. 18^o ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

¹¹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3^o Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg 231.

¹¹¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. op cit.

5.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova apresentados no processo devem estar em consonância com o que elenca o Código de Processo Civil, em seu artigo 332:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.¹¹²

As provas no processo podem ser apresentadas de acordo com o que dispõe o Código de processo Civil, que são as chamadas provas diretas, sendo as mais relevantes tratadas abaixo, ou ainda por meio de provas indiretas que seriam indícios ou presunções.

5.2.1 Depoimento Pessoal

O Código de Processo Civil em seus artigos 342 a 347 trata do depoimento pessoal das partes, dispondo que:

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.¹¹³

Assim, através da prova chamada depoimento pessoal, o juiz vai ouvir as partes sobre sua versão dos fatos, sendo que o magistrado tem a oportunidade de esclarecer mediante o depoimento situações que até o momento não estavam claras no processo.

No tocante ao depoimento pessoal é importante destacar que se a parte que for devidamente intimada não comparecer, ou ainda se comparecer em juízo e se negar a depor, o juiz aplicará a pena de confissão, conforme previsto no artigo 343, §2º do Código de Processo Civil.

¹¹² BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014

¹¹³ Idem.

O depoimento pessoal é chamado pelos doutrinadores de prova direta, ou seja, é uma prova pela qual vai fornecer elementos ao juiz para convencê-lo sobre a realidade dos fatos.

5.2.2 Prova Documental

Inicialmente a prova documental está disciplinada nos artigos 364 a 399 do Código de Processo Civil.

A prova documental tem grande relevância no caso de responsabilidade dos hospitais por erro médico, inclusive é imperioso tratar nesse tópico sobre o prontuário médico.

Quando um paciente é internado em um hospital, é feito para o mesmo um documento que se chama prontuário médico, pelo qual, os médicos e a equipe do hospital anotam tudo que diz respeito a doença e tratamento realizado dia a dia no paciente.

Muitas vezes o prontuário médico traz informações importantíssimas para o perito judicial avaliar sobre se ocorreu ou não erro médico ou da equipe do hospital, por exemplo, se as medicações foram ministradas corretamente.

O complicado no caso do prontuário médico é que o mesmo fica de posse do hospital, ou do médico, e por vezes, para evitar a prova contra si, o médico desaparece com o prontuário do paciente, dificultando a prova no processo.

5.2.3 Prova Testemunhal

A prova testemunhal está elencada nos artigos 400 à 419 do Código de Pocesso Civil.

Nehemias citando o Des. Sebastião Luiz Amorin que: "(...) a maior parte do tratamento é entre quatro paredes, não há testemunhas, e é difícil os peritos testemunharem contra outro médico. Há uma dificuldade maior para obtermos a verdade (...)"¹¹⁴

¹¹⁴ Desembargador Sebastião Luiz Amorim, opus MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 240.

Através da prova testemunhal, o juiz colhe o depoimento de testemunhas que presenciaram o fato objeto do processo, e o juiz tentará pelo depoimento das testemunhas elucidar os fatos, a fim de tentar resolver o litígio.

5.2.4 Prova Pericial

Por fim, a prova pericial, a qual consta dos artigos 420 à 439 do Código de Processo Civil.

A prova pericial serve para trazer aos autos a visão de um expert em determinada área sobre o objeto do conflito, assim o juiz nomeará um perito de sua confiança, que não tem relação com nenhum das partes, uma pessoal neutra, para dar seu parecer técnico sobre a realidade do conflito.

Mas a prova pericial relacionada ao erro médico, traz a tona um grande problema que é o corporativismo.

Nas palavras do doutrinador Nehemias:

(...) tudo que diz respeito ao tratamento médico se relaciona com práticas e conhecimentos estranhos ao paciente leigo, os quais somente através de perícia médica se poderão provar, residindo aí uma outra grande dificuldade – o corporativismo.¹¹⁵

Ocorre que a classe médica é muito unida, e no caso de erro médico, o perito expert na área seria um outro médico, mas muitas vezes o magistrado tem que se valer com cautela da perícia médica, corroborando sua tese com outras provas, pois poucos são os médicos que querem “incriminar” seus colegas também médicos, fornecendo laudos por vezes muito superficiais e não conclusivos.

Nehemias Domingos de Melo, em sua obra responsabilidade civil por erro médico, traz um caso sobre o corporativismo, vejamos:

Certa feita o Desembargador Nilton Mondego pode externar sua indignação diante de laudo médico inconcluso. Tratava-se de processo versando sobre erro médico, no qual uma paciente que buscou cirurgia plástica de embelezamento viu seu sonho transformar-se em pesadelo na exata medida em que saiu da malfadada cirurgia sem poder enxergar, falar, ouvir, andar e sem nenhuma coordenação motora, além da dificuldade de deglutição e com total deficiência cognitiva. Em dado momento de seu voto, o ilustre magistrado afirma que “o laudo de fls. 292 a 351, que é confuso e parece ter sido elaborado, exatamente para confundir (...)”¹¹⁶

¹¹⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 232.

¹¹⁶ Ibid, p. 238.

Importante observar novamente que o magistrado não é obrigado a se valer do laudo médico, porém, muitos deixam de responsabilizar o hospital, ou o médico por seu erro, devido o corporativismo da classe, ao proferir laudos confusos e inconclusivos, e por não ter outras provas para se valer se houve ou não culpa médica.

Novamente através do que foi verificado acima, percebe-se que os pacientes vítimas de erro médico, além de sofrerem a dor, a angústia, ainda sofrem humilhação ao não conseguirem juntar provas do que por vezes é evidente aos olhos de uma pessoa leiga.

5.3 ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Quando falamos em inversão do ônus da prova, tem-se que o autor da ação deve trazer aos autos tudo que puder, a fim de comprovar que sua pretensão deve ser acolhida, como documentos, testemunhas e solicitar que seja realizada perícia judicial.

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao possibilitar a parte vulnerável na relação consumidor x fornecedor, ter a seu favor a aplicação da inversão do ônus da prova.

O artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor profere que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;¹¹⁷

Silvio de Salvo Venosa, no tocante a inversão do ônus da prova entende que:

Trata-se de corolário do princípio da vulnerabilidade, possibilitando mais essa modalidade de proteção ao consumidor no bojo do processo. Essa inversão do ônus probatório independe da posição do consumidor, quer no polo ativo, quer no polo passivo da lide consumerista. Na esfera da responsabilidade médica, a inversão do ônus mais se justifica, porque mais difícil para o destinatário final do serviço médico a prova do defeito em seu fornecimento.¹¹⁸

¹¹⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014

¹¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159.

Como muito tratado acima, especialmente nos casos de prova do erro médico a vítima do erro, tem grande dificuldade em conseguir apresentar a prova, pois geralmente não possui testemunha, visto que são familiares que lhe acompanharam no tratamento, e ainda muitas vezes não conseguem o prontuário médico que simplesmente desaparece do arquivo do consultório do médico ou do arquivo do hospital.

Então, se o juiz verificar em determinada demanda que a parte autora é vulnerável e que é cabível a inversão do ônus da prova, o fará, e determinará que a parte requerida apresente uma das causas excludentes de sua responsabilidade.

Ainda, Nehemias esclarece que:

Quando tratar-se de falhas na prestação dos serviços dos hospitais, clínicas e similares, a inversão do ônus da prova é uma imposição que decorre da própria lei, isto é, não depende de nenhuma condicionante, nem mesmo de decisão do juiz. Explica-se: a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva (caput do art. 14 da Lei nº 8.078/90), sendo que este mesmo dispositivo legal estabelece em seu §3º que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviços, o defeito inexiste (inciso I); a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (inciso II).¹¹⁹

Isto posto, a inversão do ônus da prova é aplicada no sentido de possibilitar a pessoa que possui mais condições no processo de apresentar as provas, o fazer, igualando as partes.

¹¹⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241.

6 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo percebeu-se que cada dia mais os pacientes buscam comprovar no judiciário que merecem ser reparados civilmente por erro médico, ou ainda, por erro da equipe médica que integra o hospital.

Em um primeiro momento, foi necessário conceituar responsabilidade civil, em seus aspectos gerais, diferenciar a responsabilidade objetiva da responsabilidade subjetiva, contratual e extracontratual e tratar dos pressupostos e excludentes da responsabilidade civil.

Analizou-se no presente estudo a responsabilidade civil dos médicos, a relação do médico face ao hospital, ou seja, se o médico integra a equipe do hospital, ou se apenas está usando os serviços e o espaço do hospital para tratar seu paciente.

A responsabilidade dos profissionais liberais é matéria disciplinada no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, o qual diz que a responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, depende da prova da culpa, sendo que em cada caso será analisado se o médico atuou com negligência, imprudência ou imperícia.

Observou-se que é notório para toda a população que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, assim médico não é obrigado, por exemplo, a curar um paciente terminal, mas deve usar todas as suas técnicas e todo o seu empenho profissional para tratar do paciente da melhor forma possível.

Verificou-se que antigamente os médicos não informavam seus pacientes, sobre seu quadro clínico, tampouco, sobre as técnicas e medicações que seriam usadas em seu tratamento, porém, tal situação modificou-se e atualmente os pacientes tem o dever de serem informados, e há vasta doutrina tratando deste assunto.

No tocante ao erro médico, mostrou-se que o médico somente será responsabilizado civilmente no caso de restar cabalmente comprovada a sua culpa, e caberá ao magistrado analisar cada caso, a fim de verificar a existência do nexo causal com o procedimento médico, a ocorrência do dano e a culpa do profissional.

Destacou-se que a responsabilidade civil atribuída ao médico deve ser analisada com extrema cautela, por exemplo, um paciente que não toma adequadamente a medicação prescrita ou abandona o tratamento, é evidente que regredirá no seu estado de saúde, e não poderá atribuir a culpa ao médico que foi

diligente e prestou toda a assistência e informações necessárias, por isso a prova da culpa é requisito essencial para caracterização do erro médico.

Passou-se, por conseguinte, a tratar sobre a responsabilidade civil dos hospitais, visto que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao dispor que o fornecedor de serviços, responde independentemente de culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, mas no §4º proferiu que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, a chamada responsabilidade subjetiva.

Tornou-se necessário também, realizar de forma concisa a diferenciação entre o médico que faz parte do corpo clínico do hospital como funcionário, do médico que não tem nenhuma vinculação de emprego com o hospital.

Vislumbrou-se que se um médico que faz parte do quadro de funcionários do hospital, e devido a sua conduta negligente, imprudente ou imperita, provocar dano ao paciente, o hospital responderá objetivamente.

No tocante ao médico que faz parte do quadro de funcionários do hospital, a súmula 341 do STF diz que: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.¹²⁰, e o enunciado nº 191 do Conselho de Justiça Federal, dispõe que: “A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do Código Civil, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”.¹²¹

Verifica-se que quando o hospital apenas cede suas instalações para o médico realizar cirurgia ou tratamento no paciente, e caso ocorra um erro médico, não há o nexo de causalidade entre o hospital e o paciente, apenas entre paciente e médico, e o paciente deverá comprovar a imprudência, negligência ou imperícia por parte do médico, e o correto seria o magistrado reconhecer a ilegitimidade passiva do hospital.

Mostrou-se que o hospital responderá de forma objetiva, em qualquer caso que envolve falha em seus serviços como: enfermagem, limpeza, equipe administrativa, hospedagem, material utilizado na prestação dos serviços, entre outros.

¹²⁰BRASIL. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 08/09/2015 às 18h48.

¹²¹BRASIL. <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 08/09/2015 às 19h11.

Tratou-se em tópico próprio sobre os meios de prova nas ações de responsabilidade civil dos hospitais por erro médico, e percebeu-se que a maioria das ações acabam sendo julgadas improcedentes devido a dificuldade encontrada pelo paciente para fazer prova do erro médico.

Geralmente o paciente não possui testemunhas, visto que são familiares que lhe acompanham no tratamento, e ainda muitas vezes não conseguem o prontuário médico que simplesmente desaparece do arquivo do consultório do médico ou do arquivo do hospital.

Nesse sentido, tratou-se da importância da inversão do ônus da prova, que é aplicada no sentido de possibilitar a pessoa que possui mais condições no processo de apresentar as provas, o fazer, igualando as partes.

Por fim, foram colacionadas ao presente trabalho decisões dos tribunais sobre os temas acima elencados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em: 05/09/2015 às 12h11.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum. 18º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Conselho de Justiça Federal. Enunciado**. <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 08/09/2015 às 19h11.

BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde**. http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_vers_ao_final_196_ENCEP2012.pdf. Acesso em 07/09/2015 às 21h28.

BRASIL. **Declaração de Santiago**. <http://carlossilveira.com/artigo.php?id=25>. Acesso em 03/02/2013 às 14:17h.

BRASIL. <http://jus.com.br/revista/texto/4635/o-dever-de-informar-do-medico-e-o-consentimento-informado-do-paciente#ixzz2Kz3JYZYz>. Acesso em 07/09/2015 às 14:00h.

BRASIL. Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm. Acesso em 08/09/2015 às 20h30.

BRASIL. Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3999.htm. Acesso em 08/09/2015 às 20h22.

BRASIL. Revista. <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/109/sumula/erro-medico-e-infeccao-altos-indices>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2013 às 10:30H.

BRASIL. **STF**. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 08/09/2015 às 18h48.

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

CHAVES ANTONIO. **Responsabilidade Civil do Ato Médico**. Revista Jurídica nº 207.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 29^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pg 415.

GONÇALVES Carla. **A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além da Culpa**. Editora Coimbra. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2^o Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3^o Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARANÁ. TJPR, 1^o Câm. Cív., Ap Cív. 98601-6, real. Juiz conv. Airvaldo Stela Alves, j. 06.02.2001; **apud** KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1^o Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIO GRANDE DE SUL. TJRS, AI 70001081918, j. 24.08.2000; **apud** KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2º Ed. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012