

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOSOCÔMIOS POR ERRO DE MÉDICO COM E SEM VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO¹

Stéphani Caprara Souto²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo a análise da responsabilidade civil objetiva imputada aos hospitais no ordenamento jurídico brasileiro. Comenta brevemente os pressupostos básicos para a sua configuração, trazendo casos concretos acerca de como são verificados na esfera médica e hospitalar, bem como visa desenvolver sobre a legitimidade passiva, ou não, dos nosocômios, nos casos de danos causados por médicos empregados e por médicos que apenas compõem o corpo clínico da instituição, portanto sem vínculo empregatício. Por último, discorre sobre as possíveis causas de rompimento e atenuação do nexos causal existentes tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro médico. Legitimidade Passiva. Vínculo de Subordinação.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a responsabilidade civil hospitalar, com enfoque nos casos de danos causados por erro de médico com e sem vínculo de subordinação com a instituição de saúde. Para que seja abordada a problemática, primeiramente foram aplicados os conceitos básicos da responsabilidade civil aos casos envolvendo responsabilidade civil hospitalar e médica, quais sejam: a ação/omissão, o dano e o nexos causal.

Tratando-se propriamente do instituto da responsabilidade civil hospitalar, abordou-se a responsabilidade do nosocômio diante de danos causados por quem compõe seu corpo clínico, seja ele aberto ou fechado. Faz-se necessário versar sobre a diferença entre responsabilidade civil subjetiva médica e responsabilidade civil objetiva hospitalar.

Sucessivamente é trazido à baila a relevância de entender também conceitos de direito do trabalho e de processo civil, ao mencionar o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca de eventual responsabilização do nosocômio por médicos que apenas desempenham suas atividades profissionais nas instalações, sem qualquer vínculo de subordinação.

Para finalizar, o último tópico trata das excludentes de responsabilidades cabíveis às entidades hospitalares, no sentido de evitar que elas atuem como garantidoras

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelas professoras Profª. Dra. Daniela Courtes Lutzky (orientadora), Profª. Dra. Liane Tabarelli e Profª. Dra. Marcia Bühring, em 25 de junho de 2019.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

universais perante os pacientes, tendo em vista a importância do papel desempenhado, sendo elas meio para a viabilização do direito fundamental à saúde.

2 DOS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil destaca-se como presente na sociedade, com um viés multifacetário, onde recorrem a ela todas as esferas do Direito com a intenção de resolver os fatos jurídicos ocorridos.³ Nessa esteira, entende-se que apenas o fato que tem repercussão jurídica interessa ao Direito.⁴ Ademais, o instituto trata das mazelas da sociedade, o que significa dizer que se preocupa em reprimir os atos ilícitos cometidos e as obrigações inadimplidas.⁵

É inerente à pessoa que convive em sociedade a existência da responsabilidade civil, cuja ausência faria com que as relações interpessoais fossem quase impossíveis⁶. Como aduz Paulo Nader: “*ainda que as sociedades se aperfeiçoem, técnica e moralmente, o instituto da responsabilidade civil se revela irreversível*”⁷, pois o instituto engloba toda atividade que acarreta prejuízo a outrem. Está preceituado nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

Extrai-se do referido diploma legal, através do artigo 927, a inclusão do dever de indenizar como uma relação obrigacional, em que sua violação figura como fonte do instituto. Referida obrigação provém do *neminem laedere*, de Ulpiano, isto é, o “não lesar outrem”, atuando como limite da liberdade do homem na civilização em que vive.⁸ Assim, pode-se dizer que responsabilidade civil e obrigação provêm das mesmas fontes, ao passo que responsabilidade, para o Direito, é uma obrigação derivada, não podendo ser confundida com a própria obrigação originária.⁹

Para que seja configurada é necessário que estejam presentes três pressupostos básicos: a ação ou omissão, o dano e o nexo causal. É essencial que toda a ação ou omissão decorrente do comportamento humano em abstrato seja voluntária, embora não precise ser intencional¹⁰.

Ação é um movimento físico qualquer que desencadeia eventos, que só será relevante para o Direito, isto é, apenas será fato jurídico, quando seus efeitos detêm

³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 5.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7.

⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 5.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Volume 4, Responsabilidade Civil**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 5.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil - Volume 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 182.

¹⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 67.

importância para o mundo jurídico¹¹: quando o “fazer algo” acarreta dano a outrem. ¹² A falha na prestação de serviços médicos poderá ser um ato comissivo, conforme entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ¹³, no qual o caso analisado não imputou responsabilidade ao médico, ao passo que seu agir foi correto, já que a necessidade de mudança no procedimento foi percebida em tempo hábil.

Em contraponto, para que se configure a conduta omissiva ou negativa é necessária a presença de dois requisitos: a demonstração de que o sujeito responsável deveria ter praticado o ato, e havia certeza ou real probabilidade de que sua prática acarretaria na inexistência do dano. ¹⁴ Por omissão é possível extrair a concepção de que o não fazer nada para impedir, faz com que o sujeito aceite e permita o resultado. A exemplo, é omissa a conduta do profissional da saúde que descumpra o dever de informar, como se pode observar pela ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Obrigação específica que, ao ser descumprida, ocasiona diversos prejuízos aos consumidores, de quem é ocultada informação relevante que trará reflexos diretos na saúde e aparência deste. 4. Comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizado o réu pelo não fornecimento de informação clara e prévia, assim que constatados os riscos inerentes do defeito verificado nas próteses, conduta abusiva na qual assumiu o risco de causar lesão a esta, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar.¹⁵ (Grifou-se)

Percebe-se pelo acima descrito, que a inobservância pelo réu do dever de informar (do esclarecimento prévio) a respeito dos riscos da cirurgia e do defeito verificado nas próteses trouxe como resultado diversos prejuízos à paciente-consumidora, que ficou privada de conhecer os reflexos diretos na saúde, e foi indenizada em decorrência do procedimento realizado. Em complemento, Sérgio Cavalieri Filho destaca que a ausência do dever de informar pode gerar a responsabilidade pelo risco inerente do procedimento.¹⁶

O dano, segundo pressuposto configurador, pode ser definido como pressuposto central da responsabilidade civil¹⁷, pois é a partir dele que surge a obrigação de reparar.¹⁸ Somente haverá possibilidade de indenização se, antes, for comprovada a sua ocorrência, tendo em vista que todo dano é obrigatoriamente posterior ao *eventus damni*. É a própria corporificação da indenização, pois se traduz no prejuízo suportado pela vítima; ao passo que a sua inexistência retira a pretensão do titular da indenização.¹⁹ Todavia, apenas é

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de direito civil, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 304.

¹² LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil - Volume 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

¹³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079585329**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 28/11/2018.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de direito civil, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 306.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70077719912**. Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 19/10/2018.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 411.

¹⁷ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 73.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

abrangido pelo instituto o dano injusto, isto é, o dano causado por outrem, que não a sua vítima, não amparado pelo ordenamento.²⁰

Os danos dividem-se em patrimoniais e extrapatrimoniais. É dano patrimonial a lesão à riqueza material, objetos do mundo externo, podendo ser bens corpóreos ou incorpóreos.²¹ A indenização por danos materiais está preceituada no artigo 402 do Código Civil Brasileiro, compreendendo, dessa maneira, tanto aquilo que foi efetivamente perdido, quanto aquilo que se deixou de lucrar, respectivamente, danos emergentes e lucros cessantes. Os danos patrimoniais são aceitos pela jurisprudência:

(...) DANOS MATERIAIS (EMERGENTES). OBRIGAÇÃO DE FORNECER OU CUSTEAR TRATAMENTO FUTURO NO CASO DE RECIDIVA DAS ENFERMIDADES CONTRAÍDAS NO HOSPITAL DEMANDADO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. Diante da possibilidade de recidiva da infecção pela superbactéria e da osteomielite, a qualquer momento, observado, ainda, que o demandante foi demitido de seu emprego e não possui mais plano de saúde, assiste razão ao autor quanto ao pedido de que o demandado seja obrigado a **fornecer ou custear tratamento médico completo**, que se fizer necessário no caso de se manifestar novamente o quadro infeccioso no demandante que seja relacionado com essas enfermidades, de acordo com o princípio da reparação integral. DANOS MATERIAIS (LUCROS CESSANTES). O conjunto probatório existente nos autos corrobora as informações trazidas pelo autor referente aos lucros cessantes, tendo em vista que **precisou ficar afastado de suas atividades profissionais, quando passou a receber o benefício previdenciário (auxílio-doença), cujo valor é inferior ao rendimento que vinha percebendo, restando comprovado também que não auferiu seu período aquisitivo de férias**. Restou inequivocamente comprovado, outrossim, que o autor teria direito à participação nos lucros e resultados da empresa em que trabalhava, benefício que não pôde auferir por estar em auxílio-doença.²² (Grifou-se).

Através do julgado colacionado pode-se perceber que danos patrimoniais e extrapatrimoniais são passíveis de cumulação, em que pese igualmente possa ser requerido o “dano moral *in re ipsa*” (“dano moral puro”).

O dano extrapatrimonial, por sua vez, é um prejuízo que atinge atributos da personalidade da pessoa²³, tais como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o nome, entre outros; nas mais variadas situações do cotidiano social, atingindo o ofendido apenas como ser humano.²⁴ Oportuno mencionar sua indevida nomeação “dano moral”, como é popularmente conhecido, já que o dano moral é espécie do gênero extrapatrimonial, que é muito mais amplo.²⁵

A postura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é no sentido de aceitar tal modalidade: “A hipótese dos autos reflete o dano moral *in re ipsa* ou dano moral puro, uma vez que o transtorno e o sofrimento causados pela parte requerida são

²⁰ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

²¹ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221-222

²² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70076721992**. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 16/05/2018.

²³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

²⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

*presumidos, conferindo o direito à reparação sem a necessidade de produção de outras provas.*²⁶

O caso a que se refere o trecho da ementa acima colacionada demonstrou que a má aplicação de uma injeção intramuscular quando o autor era recém-nascido gerou no seu organismo um quadro infeccioso e a consequente paralisia do nervo ciático, tendo como resultado a supressão da sua capacidade de trabalho, além de cicatrizes oriundas da aplicação de tal injeção que lhe causam desgosto, razão pela qual o tribunal entendeu que foi configurado dano estético.

Ainda existem danos estéticos, que podem ser cumulados com danos patrimoniais e extrapatrimoniais, na medida em que possam haver gastos com cirurgias de reparação ou que sejam atingidos os direitos de personalidade da vítima, respectivamente. Hoje é pacífico, no STJ, a possibilidade da cumulação do dano estético e do dano moral puro, desde que provenientes do mesmo evento danoso, e passíveis de apuração em separado.²⁷ Esse é o teor da Súmula 387 do STJ.

Por fim, deve-se mencionar que a distinção entre danos extrapatrimoniais e patrimoniais traduz-se na finalidade da reparação, pois “*enquanto a reparação por danos materiais repõe o patrimônio do ofendido, os danos morais suportados pela vítima são compensados*”²⁸ (Grifos no original).

De modo geral, os danos indenizáveis ocasionados aos pacientes podem abranger todos os tipos de danos existentes, e é esse o entendimento de Miguel Kfouri Neto: os danos físicos (prejuízo corporal sofrido), os patrimoniais (como as despesas médico-hospitalares, eventuais tratamentos e medicações) ou os extrapatrimoniais (o mal-estar advindo sofrido em decorrência do seu estado patológico).²⁹

Para que a conduta causadora de dano seja imputável a alguém, deve ser verificado o nexo causal, constituindo verdadeira triangulação coordenada de fatores.³⁰ Além das duas funções do nexo causal para a responsabilidade civil, quais sejam: identificar o autor do dano e demarcar até onde vai essa responsabilidade³¹; é caracterizado como o pressuposto mais delicado do instituto, pois caso o comportamento do réu não seja comprovado, o pedido da demanda deverá ser julgado improcedente.³²

A grande dificuldade de tal liame está face a existência de uma cadeia de causas e efeitos.³³ O nexo de causalidade é formado pela culpa *lato sensu* (dolo e culpa) no âmbito da responsabilidade subjetiva; enquanto que é composto pela lei que qualifica a

²⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079207767**. Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 21/02/2019.

²⁷ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102

²⁸ PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. 1ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 80.

²⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 100.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 71.

³¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221.

³² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Volume 4, Responsabilidade Civil**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 361.

conduta ou pela atividade de risco desempenhada pelo autor do dano na responsabilidade objetiva.³⁴

Diversas são as teorias, ao longo da história, sobre a configuração do nexo causal. Entre elas destacam-se três principais: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos. Embora o Código Civil Brasileiro vigente não diga expressamente qual a teoria adotada, alguns autores – como Gisela Sampaio da Cruz³⁵ – acreditam ser a teoria dos danos diretos e imediatos uma espécie de meio termo mais razoável³⁶, motivo pelo qual o artigo 403 do Código Civil a adotaria, ainda que tacitamente; embora, por vezes, se admita a causalidade adequada, no mesmo sentido.³⁷

Demonstrando a discussão existente acerca da teoria adotada, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁸, por sua vez, entende que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria causalidade adequada, em que pese seja motivo de crítica por não conseguir resolver casos onde existe variedade de causas, hipótese em que não se consegue precisar aquela mais apropriada e o método de arbítrio baseado na ordem natural das coisas e na experiência comum abre portas para distinções subjetivas, de acordo com o gosto do intérprete, trazendo decisões, por vezes, injustas.

De acordo com o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul podemos perceber que, para a configuração da responsabilidade civil, tratando-se de casos envolvendo hospitais e profissionais da saúde, é necessária a existência dos três pressupostos: a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade: “A *ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar*”.³⁹

São esses os clássicos pressupostos de responsabilidade civil. Ultrapassados esses conceitos, serão expostos, na sequência, os tipos de responsabilidade civil: objetiva, tratando propriamente da responsabilidade dos hospitais; e subjetiva, aquela que engloba os profissionais da área médica.

3 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE E OBJETIVA DOS HOSPITAIS

Antes do tema central deste tópico faz-se necessária a análise de alguns pontos fundamentalmente importantes para a compreensão tanto da responsabilidade civil subjetiva quanto da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: os deveres imputados aos profissionais da saúde e a abrangência da obrigação médica e da obrigação hospitalar.

Salienta-se que para o cumprimento da obrigação imputada aos médicos e aos nosocômios, seja de meio ou de resultado, existem deveres a serem cumpridos pelos

³⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 295.

³⁵ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 107.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 362.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 242.

³⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079794855**. Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 25/04/2019.

profissionais da saúde. Dentre eles, destaca-se o dever de informação, evidenciando uma crescente importância nas relações consumeristas. Com base no princípio da boa-fé objetiva, a informação ao paciente deverá ser clara, completa, precisa e objetiva⁴⁰, abrangendo todos os possíveis riscos, em todas as fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual⁴¹. O mesmo ocorre com os demais deveres do médico a partir do momento em que se estabelece a relação com o paciente.⁴²

Cumprido esclarecer que, via de regra, os médicos desempenham obrigação de meio e os hospitais desempenham obrigação de resultado. A obrigação médica enquadra-se como uma obrigação de meio, pois o médico deve agir de acordo com as normas e técnicas permitidas nos moldes de sua profissão.⁴³ Ocorre a exceção nos casos de cirurgia estética⁴⁴, pois os pacientes, na sua grande maioria, não estão em situação de enfermidade, mas visam alcançar uma melhora na questão de beleza, motivo pelo qual majoritariamente entende-se como uma obrigação de resultado.⁴⁵ Importante mencionar, ainda, que os profissionais da área da saúde desempenham importante função na sociedade: tratar das doenças, não podendo garantir a cura, mas sim fornecer o melhor tratamento para o caso.⁴⁶

De acordo com o ensinamento de Fernando Gomes Correia Lima, o médico não poderá ser incumbido de uma obrigação de resultado pois ele não é um deus, mas sim um servo, sujeito a falhas e erros.⁴⁷ Em complemento, Sérgio Cavalieri Filho discorre acerca das limitações da ciência médica: embora esteja em constante desenvolvimento, apenas os poderes de um deus poderão as perfazer. Cabe ao médico lhe propiciar todos os cuidados referentes a prestação do seu serviço, dessa maneira, se o tratamento não surtiu o efeito esperado, isso por si só não caracterizaria inadimplemento contratual.⁴⁸

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 411.

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

⁴² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 267.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 273.

⁴⁵ Existe divergência doutrinária e jurisprudencial no que toca ao tipo de obrigação do cirurgião plástico estético. Ruy Rosado de Aguiar Júnior discorre que a obrigação é de meios quando o profissional assume a prestação de um serviço diligente e atencioso, sem se comprometer com o resultado; poderá imputar ao médico a obrigação de resultado apenas quando realiza, por exemplo, uma transfusão de sangue ou promete ao seu paciente que lhe fará uma consulta. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180. Disponível em <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>.) No mesmo sentido, é o entendimento de Miguel Kfourri Neto, que acredita até mesmo a cirurgia estética se enquadrar como uma obrigação de meio e não de resultado, ao justificar que dela podem resultar complicações tanto pré quanto pós-operatórias, havendo ocasiões em que o paciente até mesmo evolui a óbito, pois existe a interferência de fatores que o médico não poderia prever ou sequer evitar, tendo em vista que dizem respeito aos aspectos biológicos do próprio corpo do paciente. (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 160.)

⁴⁶ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 273.

⁴⁷ CORREIA LIMA, Fernando Gomes. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 7.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 403-404.

A justificativa do enquadramento dos nosocômios no desempenho de uma obrigação de resultado deve ser no fornecimento do melhor serviço a seu alcance, devendo assegurar boas acomodações aos seus pacientes, alimentação pertinente ao tratamento e infraestrutura para diagnóstico, tratamento e desempenho da atividade médica⁴⁹, embora não tenham capacidade de assegurar a cura do paciente.⁵⁰ Paulo de Tarso Sanseverino explica o fenômeno justificando que “*A impessoalização das relações de consumo, que envolvem, de um lado, um fornecedor profissional e, de outro lado, um consumidor anônimo, exigem o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes.*”⁵¹

Essa relação de consumo com o paciente tem como objeto, no contrato médico-hospitalar, a prestação de um serviço diligente⁵², através do princípio da transparência, no qual o profissional da saúde apenas se sujeitará ao disposto no artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor quando for omissivo no dever de informar⁵³, violando o consentimento informado:

Consentimento informado é aquele que se constitui em **pressuposto para a realização da atividade médica** no diagnóstico e tratamento de seu paciente, que somente poderá ocorrer, afora as situações de urgência e de emergência, quando o usuário dos serviços médicos vier a permitir a submissão de seu próprio corpo e de sua integridade física e psíquica à atividade previamente comunicada pelo médico.⁵⁴ (Grifou-se)

Para que o dever de informar seja adequadamente atendido, a doutrina entende que o seu conteúdo precisa abranger todas as informações necessárias e suficientes capazes de elucidar ao paciente todas as questões relevantes para que este seja capaz de tomar a decisão de submeter ao procedimento ou tratamento, incluindo todos os riscos, chances e consequências, entre outros.⁵⁵

Assim, é preciso que o consentimento do paciente ou de seu familiar responsável ocorra para que a intervenção médica seja prestada de maneira regular, excetuando-se os casos de emergência, nos quais há risco de morte ou dano irreversível, ou durante o procedimento cirúrgico onde surge algum fato novo que exige providências imediatas⁵⁶, encontrando amparo no artigo 31 do Código de Ética Médica⁵⁷.

⁴⁹ SANTOS, Vieira Leonardo. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 227.

⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade e JUNIOR, Nelson Nery. **Responsabilidade Civil Direito Fundamental à Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 818.

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 267.

⁵³ 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, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, volume 2. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 412-413.

⁵⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 624.

⁵⁷ 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.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM Nº 1931/2009, de 24 de setembro de 2009. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>.

Superadas tais explicações, Vanessa Donato de Araújo aduz sobre a natureza jurídica da relação médico-paciente ou casa de saúde-paciente ser, em regra, contratual:

O contrato, que pode ser escrito ou verbal, oneroso ou gratuito, é inominado, pois sua atuação é em geral mais ampla do que a mera prestação de serviço do Código Civil, abrangendo o dever de permanente atualização técnica, dever de informar, dever de aconselhar, de sigilo e até mesmo o dever de, em determinadas situações, custodiar o paciente.

A atuação do profissional de saúde pode ser **excepcionalmente extracontratual**, se as circunstâncias nas quais se realizou impossibilitavam a manifestação de vontade do paciente, tal qual ocorre na hipótese de o paciente estar inconsciente ou ser incapaz e a urgência do procedimento impedir a obtenção de sua autorização, ou autorização de seu responsável legal.⁵⁸ (Grifou-se)

Por se tratar de um contrato de prestação de serviços são os médicos e os hospitais enquadrados como fornecedores, nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Hospitais, por desempenharem um papel empresarial, enquadram-se na regra geral do Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, *caput*), isto é, na responsabilidade objetiva; ao passo que os profissionais liberais, enquanto pessoas físicas prestadoras do serviço, são enquadrados na responsabilidade subjetiva, tratada como exceção do mesmo diploma legal (artigo 14, §4º), sendo que referida exceção no Código de Defesa do Consumidor é a regra geral do Código Civil (artigo 186), a serem estudados na sequência.

Quando o paciente busca a responsabilização de um nosocômio ou do médico deve visar a relação através de dois ângulos: a prestação do serviço *intuitu personae*, direta e pessoalmente pelo médico (enquanto profissional liberal); e a prestação do serviço de forma empresarial⁵⁹, com o hospital em que foi realizado o procedimento, internação, cirurgia ou afins.⁶⁰

Para tanto faz-se necessário entender o conceito de médico enquanto profissional liberal. Segundo Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa: “*Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência*”⁶¹, abrangendo tão somente a responsabilidade pessoal deste, sem se estender à pessoa jurídica quer seja sócio ou empresa que trabalhe.⁶²

A relação entre os médicos - enquanto profissionais liberais - com seus pacientes está embasada na confiança⁶³, de modo a reduzir o grau de vulnerabilidade do paciente enquanto consumidor.⁶⁴ Conforme já mencionado, o profissional liberal da saúde responde mediante culpa; isto é, enquadra-se na responsabilidade subjetiva, à luz do

⁵⁸ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil** – Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 273.

⁵⁹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 403.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 199.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404.

⁶³ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 402.

⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 182.

artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor – exceção à responsabilidade imposta pelo diploma legal - combinado com os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

Para que se configure a conduta culposa, além de ter violado uma regra de conduta, o médico autor do evento danoso comporta-se conforme seu livre arbítrio, com a possibilidade de agir diferente, prevendo o resultado.⁶⁵ Culpa, para Roberto Senise Lisboa é “*o desvio do modelo ideal de conduta, descrito no tipo legal ou negocial, de forma explícita ou implícita (como é o caso da boa-fé)*”.⁶⁶

Importante, ainda, destacar que não se deve confundir culpa com erro profissional:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é 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. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.⁶⁷ (Grifou-se).

Assim, culpa é o pressuposto da responsabilidade civil subjetiva⁶⁸. Existem dois tipos de culpa: em sentido amplo, que se divide em dolo e culpa (em sentido estrito); e em sentido estrito, que é dividida em imprudência, negligência e imperícia (o descumprimento de algum dever de cuidado)⁶⁹. Na conduta dolosa o sujeito age visando a realização do dano. Trata-se da violação intencional de um dever de cuidado.⁷⁰ Engloba também o dolo eventual, que é aquele que, embora não exista prática intencional de produzir o dano, o agente assume o risco.⁷¹

É imprudente o sujeito que deveria ter atentado a um padrão de prudência e resolve enfrentar desnecessariamente o perigo⁷². Caracteriza-se pela conduta comissiva, com um agir precipitado e sem cautela, a exemplo do cirurgião que aplica anestesia sem o *expert*.⁷³ A exemplo, é imprudente a conduta do médico ao indicar intervenção cirúrgica para determinada enfermidade, ao alegar ser esta a única alternativa para seu caso, ocasião em que poderia ter optado por tratamento menos agressivo e arriscado.⁷⁴

⁶⁵ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil, Volume 4, Responsabilidade Civil**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145.

⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 405.

⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil - Volume 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 201.

⁶⁹ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

⁷¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

⁷³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70044370849**, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 23/11/2011.

O negligente deixa de observar um cuidado, cujo critério é o que “razoavelmente se exige de certo padrão médio de conduta social, sem descurar de qualidades pessoais do agente, seja seu conhecimento técnico, qualificação profissional ou mesmo experiência pretérita”.⁷⁵ A negligência é um ato omissivo, pois pode ser acarretada por inércia, abandono ao enfermo, omissão de tratamento ou intervenção cirúrgica, a letra ilegível do profissional para “receita indecifrável”, podendo tornar equivocado o fornecimento do medicamento pelo farmacêutico, entre outros.⁷⁶

Por sua vez, o agente imperito é aquele que age com culpa profissional ou habilidade específica⁷⁷, apenas é exigível quando, em razão do seu conhecimento técnico-específico, que ocasiona dano.⁷⁸ Rui Stoco acredita que “*Há imperícia quando a técnica é correta e adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer o médico aplica mal uma técnica boa.*”⁷⁹ Para afastar a imperícia, o profissional médico deveria encaminhar o paciente para um especialista, ou debater com os colegas nas situações em que fogem do seu conhecimento⁸⁰, pois consiste na falta de aptidão técnica, teórica ou prática no desempenho da atividade profissional.⁸¹

Mister lembrar que a culpa, por si só, não é caracterizadora da responsabilidade civil subjetiva. Para que seja configurada, é necessário que, acrescido desta, estejam presentes os três pressupostos básicos da responsabilidade civil.⁸² Assinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a culpa não é elemento essencial, mas, sim, acidental, para a configuração da responsabilidade civil.⁸³

Quanto à responsabilidade civil dos hospitais, deve-se ter em mente que o crescente número de demandas indenizatórias no Poder Judiciário tornou a responsabilidade subjetiva insuficiente para reparação de danos em determinados casos⁸⁴. A relação entre hospital e paciente ganha contornos de contrato de consumo justificando sua existência na hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor; isto é, buscando amenizar a desigualdade das relações de mercado.⁸⁵ Assim, originou-se a responsabilidade sem culpa para todos os casos de acidentes de consumo provocados pelo fornecimento de serviços com defeito, desde que o dano seja resultante de ações ou omissões do profissional, ou que estejam conexas a sua atividade, o que vem previsto no

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264.

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

⁷⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 626.

⁸⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 94.

⁸¹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

⁸² FORSTER, Nestor José. **Erro Médico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 58-59.

⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

⁸⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 182.

⁸⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002**, in Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, coordenado por Adalberto Pasqualotto e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 145.

art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.⁸⁶ Conhecida como responsabilidade civil objetiva, a teoria que abrange as entidades hospitalares está preceituada também no Código Civil vigente, no parágrafo único do art. 927.

Sérgio Cavalieri Filho⁸⁷ comenta a respeito do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, traçando severa crítica ao alegar que existe uma cláusula de responsabilidade extremamente ampla, de modo a até poder suprimir a modalidade subjetiva, tendo em vista que, analisado literalmente, qualquer atividade poderá ser considerada atividade de risco. Entretanto, quando observado em conjunto com o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo autor aduz ser o diploma muito claro, ao preceituar que apenas incidirá o dever de indenizar os danos originados por defeito do serviço, isto é, embora seja atividade de risco, inexistindo o defeito, não haverá responsabilidade, pois a lei não pune o fornecedor por risco inerente.⁸⁸

Preceitua Bruno Nubens Barbosa Miragem: “A *teoria do risco serve para resolver questões que a teoria da culpa em face da complexidade da vida moderna não tem o condão de fazer, seja pela dificuldade ou inconveniência do dever de reparação da vítima de um dano*”⁸⁹. Nesse sentido, enquadram-se os nosocômios:

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.**⁹⁰ (Grifou-se).

O acima disposto é corroborado pelo entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁹¹, caso em tela que ratifica a compreensão do hospital se sujeitar à responsabilidade civil objetiva, pois ao haver a falha no cuidado com a paciente, que sofreu uma queda durante a sessão de fisioterapia, por descuido do profissional, situação que, por si só, caracteriza o enquadramento disposto nos artigos supracitados.

Em que pese as instituições hospitalares atuem na área da saúde, sua responsabilidade não é diferente do que a de qualquer outra empresa prestadora de serviços frente ao Código de Defesa do Consumidor⁹². Percebe-se, então, que a responsabilidade civil objetiva dos hospitais é originada por dois motivos: primeiramente, responsabilizar-se por atos de determinados terceiros, quais sejam: atos praticados por

⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade pelo fato do serviço no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, in Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, coordenado por Adalberto Pasqualotto e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 209.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade pelo fato do serviço no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, in Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, coordenado por Adalberto Pasqualotto e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 213.

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 419.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível Nº 70078841780**, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 25/10/2018.

⁹² ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 276.

seus empregados e/ou prepostos, nos termos do artigo 932, do Código Civil⁹³; e em segundo lugar por desempenhar uma atividade empresarial, que tem por escopo o lucro.

Para que se caracterize a responsabilidade nos termos do artigo 932 do Código Civil deve haver uma relação de dependência entre aqueles que recebem ordens dos seus empregadores e preponentes; isto é, se médico for empregado ou preposto do hospital e estiver ligado à atividade, a instituição será solidariamente responsável pelos atos culposos daquele. Assim, o hospital, enquanto empregador, assume o risco pelo trabalho desempenhado por seus subordinados, tendo em vista que possui poder diretivo sobre eles⁹⁴, e deverá ser responsabilizado pelos danos causados por eles no exercício de suas funções ou em virtude delas, bastando a verificação do dano.⁹⁵ Entretanto, o subordinado não se exime do dever de reparar, cabendo, inclusive, direito de regresso da instituição. Se inexistente a culpa do preposto, o nosocômio não poderá ser obrigado a indenizar⁹⁶.

As definições acerca de empregador⁹⁷ e empregado⁹⁸ estão positivadas na CLT, como bem ensina Sérgio Pinto Martins: “*Prefiro, assim, conceituar empregado como a pessoa física que presta serviços de natureza contínua a empregador, sob subordinação deste, mediante pagamento de salário e pessoalmente.*”⁹⁹, e ainda “*uma das características do empregador é assumir os riscos de sua atividade, ou seja, tanto os resultados positivos como os negativos. Esses riscos da atividade econômica não podem ser transferidos para o empregado*”.¹⁰⁰

Carlos Roberto Gonçalves define o preposto como o indivíduo que trabalha sob direção alheia, não bastando o mero laço de subordinação, mas sim que o preponente esteja agindo em proveito do comitente.¹⁰¹ Extrai-se desse conceito que preposto é o indivíduo que representa o preponente, o que quer dizer: atua em prol dos interesses de outro. A análise sob o viés da preposição segue no mesmo sentido da relação de emprego, pois o médico deve atuar em favor dos interesses do hospital (para o hospital).

Para essa caracterização, Rui Stoco salienta que o conceito de empregador deverá ser extremamente amplo, acreditando ser desnecessário até mesmo o contrato – escrito – de trabalho. De acordo com o autor, o mero comando e ordem para realização do serviço ou tarefa, por si só, configuraria o vínculo de subordinação.¹⁰² O hospital responderá, portanto, por ato daquele que tiver ligação com o nosocômio, bem como a atividade por ele desempenhada. Assim, somente um terceiro absolutamente estranho à atividade é que

⁹³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o **empregador** ou comitente, por seus **empregados, serviços e prepostos**, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (Grifou-se)

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317.

⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais, código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

⁹⁷ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁹⁸ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235.

¹⁰⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 309.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 128.

¹⁰² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1082.

não será da responsabilidade da pessoa jurídica¹⁰³, gerando certa proteção à vítima do dano. Ademais, o exame da responsabilidade do patrão deverá ser mais rigoroso do que os demais casos de responsabilização descritos no artigo 932 e incisos do Código Civil, pois o empregador visa o proveito econômico da atividade que desempenha.¹⁰⁴

Justifica-se a utilização da responsabilidade civil objetiva em decorrência do desenvolvimento de uma atividade econômica pelo agente, em seu próprio benefício, devendo arcar, portanto, com as consequências da atividade.¹⁰⁵ É o lucro obtido pela empresa que faz com que se enquadre na regra geral do Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual deve zelar pela integridade física dos seus pacientes, ora consumidores¹⁰⁶. Esse é o entendimento de Paulo de Tarso Sanseverino “*como a colocação do produto ou do serviço no mercado é feita em benefício do fornecedor, imputa-se a este a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados aos consumidores, ainda que não esteja clara a ocorrência de um defeito.*”¹⁰⁷

Em meados de 1960, já acreditava Alvinio Lima na responsabilização do comitente pelos atos do preposto, por se utilizar de seu trabalho, fundado no princípio *ubi emolumentum, ibi onus* (quem auferir os benefícios deve estar preparado para assumir os ônus), dando origem a uma garantia de reparação à vítima, de modo a alargar os pontos de vista para reparação de danos.¹⁰⁸

Para a caracterização desta modalidade de responsabilidade civil basta que estejam configurados os três pressupostos: ação ou omissão do agente, dano, e o nexo de causalidade entre eles, não importando a comprovação de culpa.¹⁰⁹ Dessa maneira, embora seja agravado o estado de saúde do paciente, caso não seja possível apontar defeito na prestação do serviço hospitalar, não há como responsabilizar o nosocômio pelo estado de saúde do enfermo.¹¹⁰ Alguns exemplos de responsabilização dos nosocômios são dados por Nestor José Forster:

Podemos citar a higiene das instalações, as adequadas reservas de sangue e outros materiais usados nas cirurgias, o uso de pessoal competente e adequadamente preparado para lidar com enfermos, o respeito devido à dignidade para cada paciente, entre outras circunstâncias.¹¹¹

Rui Stoco acredita ser equivocada a responsabilidade dos hospitais se enquadrar como objetiva, tendo em vista ser uma relação contratual, assumindo uma obrigação de

¹⁰³ MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade Civil: e sua interpretação pelos Tribunais**. 2 ed. Campo Grande: Contemplar, 2012, p. 37.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Volume 4, Responsabilidade Civil**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

¹⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

¹⁰⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

¹⁰⁸ COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 147-148.

¹⁰⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 176

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 426.

¹¹¹ FORSTER, Nestor José. **Erro Médico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 66

meio e não de resultado¹¹². Ademais, para que se configure depende da comprovação de culpa dos seus prepostos ou empregados, de maneira a presumir-se a dos preponentes, “*e o que se põe em exame é o próprio trabalho médico, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados, pelo Conselho Regional de Medicina.*”¹¹³

Saliente-se que, na mesma demanda, poderá haver a cumulação de responsabilidade subjetiva do médico e objetiva do hospital.¹¹⁴ Em que pese a responsabilidade do nosocômio seja objetiva para o reconhecimento da reparação de danos, deverá ser analisada a conduta do médico pelo atendimento ao paciente.

Surge, então, a indagação a respeito de quando a responsabilidade deve ser imposta ao médico pessoalmente, e quando pode, também, ser imposta ao hospital, diante de dano causado exclusivamente pelo erro médico. A primeira análise deverá ser no sentido de verificar se há subordinação entre médico e hospital.¹¹⁵ Nos casos em que inexistente tal subordinação, existe divergência na doutrina e na jurisprudência, assunto que será estudado no tópico a seguir.

4 DOS MÉDICOS QUE APENAS COMPÕEM O CORPO CLÍNICO E A CONSEQUENTE RESPONSABILIZAÇÃO DO NOSOCÔMIO

Sabendo que as condições em que as instalações hospitalares são oferecidas são elementos de suma relevância para as práticas cirúrgicas, internações e procedimentos médicos de modo geral, sendo o profissional responsável subordinado ou não da instituição. Inquestionável é que, quando o nosocômio alega que seus aparelhos e acomodações são aptos para o uso sendo que, na verdade, apresentam defeitos ou estão estragados, sua responsabilidade será configurada e poderá, até mesmo, atenuar a responsabilidade médica.¹¹⁶

Após a compreensão de que os hospitais respondem de modo objetivo por danos causados aos seus pacientes pelos seus empregados, cabe entender o conceito de corpo clínico, conforme Bruno Seligman de Menezes:

Todos os médicos que desenvolvem suas atividades em um hospital devem pertencer ao Corpo Clínico. Uns trabalham para o hospital, mediante relação de emprego, **outros desempenham suas tarefas como profissionais liberais, de modo que sua permanência no Corpo Clínico representa apenas o livre trânsito dentro da instituição hospitalar para o exercício médico**, obedecendo às normas administrativas da Direção Técnica do hospital, porém sem qualquer relação de subordinação.¹¹⁷ (Grifouse).

¹¹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 853-854

¹¹³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 855-856.

¹¹⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70081114100**, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/05/2019.

¹¹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 853.

¹¹⁶ VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da Teoria da Culpa**. 1ª Edição. Viçosa: Editora UFV, 2002, p. 73

¹¹⁷ MENEZES, Bruno Seligman de. **O Médico, o Corpo Clínico e o SUS – Uma análise do delito de concussão frente ao artigo 327 do código penal**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 43.

Diante do exposto, ressalta-se que a simples alegação de que o médico é integrante do corpo clínico, por si só, não significa fazer referência a existência de relação de subordinação. Cada nosocômio tem o seu conjunto de profissionais.

De acordo com o mesmo autor, entender a forma em que é composto referido corpo clínico é imprescindível, inclusive para os juristas, tendo em vista que a falta de conhecimento na área tende a gerar responsabilização indevida, o que pode ser irreparável.¹¹⁸

Para uniformizar o conceito, a Resolução nº 1.124, do Conselho Federal de Medicina¹¹⁹ dispõe sobre a estruturação do Corpo Clínico de cada entidade, por meio do seu regimento interno. Partindo desse pressuposto, o conceito do órgão é dado pela Resolução nº 1.481/97, também do Conselho Federal de Medicina, como:

Corpo Clínico é o conjunto de médicos de uma instituição com a incumbência de prestar assistência aos pacientes que a procuram, gozando de autonomia profissional, técnica, científica, política e cultural. Obs. Nas instituições em que a expressão "corpo clínico" designar a totalidade de profissionais de nível superior que nela atuem, estas diretrizes aplicar-se-ão ao conjunto de médicos reunidos sob qualquer outra denominação¹²⁰.

Extraí-se da observação da referida resolução que algumas entidades hospitalares se referem ao corpo clínico apenas quando diante de médicos subordinados ao nosocômio; entretanto, a denominação que se coloca para a definição em questão não é relevante.

De modo geral, o Corpo Clínico é o conjunto de profissionais habilitados a desempenharem suas profissões, independentemente, em determinado estabelecimento, não sendo pressuposto básico para pertencimento a subordinação, embora seja permitida.¹²¹ Relevante mencionar, ainda, que os profissionais que apenas desempenham suas atividades profissionais no nosocômio também possuem uma série de direitos e deveres, como se extrai da Resolução CFM nº 1.481/97¹²².

Assim, seguem duas correntes acerca do tema: a corrente majoritária pressupõe que o hospital não deve figurar como polo passivo legítimo em casos que a conduta lesiva é unicamente imputada na petição inicial ao médico que não é preposto nem empregado, mas sim profissional liberal. Nessa linha, é o pensamento de Carlos Roberto 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.

¹¹⁸ MENEZES, Bruno Seligman de. **O Médico, o Corpo Clínico e o SUS – Uma análise do delito de concussão frente ao artigo 327 do código penal**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 44.

¹¹⁹ Art. 1º - O Regimento Interno dos Estabelecimentos de Saúde deverá **estruturar o Corpo Clínico, especificando as atribuições do Diretor Clínico, dos Chefes de Clínicas e da Comissão de Ética, bem como a forma de admissão e de exclusão de seus membros**.

Art. 2º - Para o exato cumprimento do disposto no inciso anterior, o Regimento Interno do Estabelecimento disciplinará o processo de admissão e o de exclusão dos membros do Corpo Clínico. (Grifou-se) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.124/83**. Rio de Janeiro, 1983. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1124_1983.htm>).

¹²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.481/97**. Brasília, 1997. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1481_1997.htm>.

¹²¹ MENEZES, Bruno Seligman de. **O Médico, o Corpo Clínico e o SUS – Uma análise do delito de concussão frente ao artigo 327 do código penal**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 35.

¹²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.481/97**. Brasília, 1997. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1481_1997.htm>.

14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelo seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.¹²³

Deve-se ter em mente, no entanto, que a tão só concessão de utilização de um ambiente a um médico não subordinado, ainda que de forma onerosa, por si só, não torna a instituição corresponsável, juntamente com o referido médico que desempenhou suas atividades de forma autônoma.¹²⁴

Rui Stoco acredita que, dessa prestação de serviços, originaram-se dois contratos:

Se o hospital foi contratado apenas para hospedar o paciente, sem lhe ministrar qualquer tratamento, servindo apenas de apoio logístico à atuação de médico particular, tem-se que o paciente realizou dois contratos distintos. Caso o hospital lhe cause dano por força do contrato de hospedagem e fornecimento de apoio, meramente instrumental, apenas ele poderá ser responsabilizado.¹²⁵

Pode-se concluir que a responsabilidade do nosocômio perante o paciente deve ser examinada conforme o caso concreto, de modo a concluir se foi correta a prestação do serviço¹²⁶. Verifica-se essa análise no caso julgado por Tasso Caubi Soares Delabary:

Resulta que a responsabilidade civil do hospital por conduta de médico que não é seu empregado e/ou preposto está restrita aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc.¹²⁷

Acredita-se que o nosocômio, na condição de possuidor das instalações, responde apenas pelos danos causados pelas coisas, tais como os aparelhos, mesas, instalações de modo geral.¹²⁸ Inexistente o defeito na hospedagem do paciente, mas, sim, dano proveniente única e exclusivamente de médico não preposto nem empregado, que se valeu do local para exercício da sua profissão, não há que se falar em reparação de danos imputada ao nosocômio.¹²⁹ Corroborar este entendimento o posicionamento de Elisa Carpim Corrêa:

O médico réu não tem com o Hospital relação de trabalho. Como credenciado, está autorizado a atender e internar seus pacientes particulares ou conveniados, como no caso da autora. Além do mais, nenhuma conduta ilícita foi imputada pela autora ao Hospital.¹³⁰

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 277-278

¹²⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

¹²⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 861

¹²⁶ VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da Teoria da Culpa**. 1ª Edição. Viçosa: Editora UFV, 2002, p. 23-24.

¹²⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Agravo de Instrumento Nº 70077345585**, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 13/06/2018.

¹²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 109.

¹²⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

¹³⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70075361873**, Sexta Câmara Cível, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Redator: Julgado em 22/02/2018.

A imputação de responsabilidade civil ao hospital exige a subordinação do profissional com a instituição, seja por ela tê-lo chamado para atender algum paciente nas suas dependências, a exemplo da emergência, seja porque ele possui consultório nas dependências hospitalares, ou tem seu nome vinculado aos anúncios publicados pela instituição.¹³¹

Para a corrente majoritária, o dano causado por médico enquanto profissional liberal sem subordinação, torna o nosocômio parte ilegítima da demanda. Entretanto, deve-se levar em consideração que, muitas vezes, o autor não tem conhecimento sobre a composição do corpo clínico, ou, até mesmo, tem dúvidas a respeito de quem será o real devedor da reparação. Nessa esteira, Renato Montans de Sá disserta sobre a inclusão de sujeitos, por vezes, equivocadas no polo passivo dos processos judiciais:

Nem sempre a legitimidade passiva é facilmente aferível para a propositura da demanda. É comum, dada a possível complexidade da situação fática existente, o autor não saber seguramente contra quem demandar.¹³²

Nos casos em que não é possível imputar a conduta danosa à atividade do nosocômio, por ter havido dano decorrente de médico não subordinado ao hospital, o réu (nosocômio) deverá alegar que não é o responsável por reparar o prejuízo ocorrido, em sede de preliminar de contestação, nos termos do artigo 337, do Código de Processo Civil¹³³. Miguel Kfoury Neto, nesse sentido, ensina que “*Quem não pratica qualquer ato lesivo, não pode ser legitimado passivo*”.¹³⁴

Cabe salientar que, nos termos do artigo 339 do Código de Processo Civil, sempre que o réu tiver conhecimento de quem é o verdadeiro sujeito passivo da demanda, deverá indicá-lo, sob pena de arcar com os ônus sucumbenciais e eventual indenização ao autor. Dessa maneira, caso o magistrado acolha o pedido feito em preliminar, de ilegitimidade passiva, será o hospital retirado do polo passivo da demanda; e terá o autor o prazo de 15 dias para substituição do réu¹³⁵. Nesse cenário, destaca-se a importância da peça de contestação, não como uma pretensão do réu contra o autor, mas, sim, de o réu ver o direito pleiteado eliminado contra ele¹³⁶, isto é, a importância do nosocômio demonstrar ao magistrado que não é ele o sujeito que deverá reparar o dano.

De modo diverso é o pensamento da corrente minoritária, que alega a responsabilidade do nosocômio frente ao consumidor por ato cometido por médico, independentemente do vínculo empregatício. De acordo com esse pensamento, o médico ou a equipe médico-cirúrgica ao não fazer parte, mas apenas locar a estrutura da entidade gera, por si só, responsabilidade objetiva e solidária, pois referido contrato de locação da prestação de serviços hospitalares é lucrativa e onerosa, nos moldes do disposto no

¹³¹ KFOURI NETO, Miguel **Responsabilidade Civil dos Hospitais. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.

¹³² SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 510.

¹³³ BUENO, Cassi Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 337.

¹³⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

¹³⁵ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

¹³⁶ SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 489.

Código de Defesa do Consumidor.¹³⁷ A alegação pressupõe o seguinte fundamento, de acordo com Jorge Alberto Schreiner Pestana:

A partir do momento em que o hospital disponibilizou suas dependências para o atendimento médico do paciente, seja pelo seu corpo médico, seja por profissionais que não mantinham vínculo de emprego com a instituição, tornou-se responsável pelos procedimentos que ali se realizaram.¹³⁸

A corrente minoritária é igualmente seguida por Sylvio José Costa da Silva Tavares, ao julgar:

Isso porque entendo que, além de o hospital ter responsabilidade sobre os profissionais que integram seu quadro clínico **e também os que exercem atividades em suas dependências**, não se mostra possível o reconhecimento de ilegitimidade passiva dos integrantes do pólo passivo em ação de indenização por dano moral, confundindo-se, invariavelmente, a condição da ação com a discussão de mérito. (Grifou-se).¹³⁹

Ainda, a linha de pensamento minoritária defende que a relação entre o médico e o hospital não é importante, visto que o credenciamento do médico, a realização da cirurgia nas dependências da instituição, a utilização dos equipamentos e das salas de cirurgia/recuperação, faz nascer a responsabilidade dos atos praticados no seu estabelecimento.¹⁴⁰

Há quem defenda, portanto, que médicos e hospitais têm responsabilidade solidária nesses casos, embora sejam os danos causados por ato exclusivo médico, tendo em vista que o nosocômio tem participação nos lucros oriundos do procedimento, ao locar seu espaço para a realização deste.

Entendidas as duas correntes divergentes passa-se à análise das excludentes de responsabilidades cabíveis às casas de saúde.

5 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Tem-se excludente de responsabilidade nas hipóteses em que o nexo de causalidade é rompido, situação em que fatores externos incidem sobre o paciente. Tendo em vista que os nosocômios são prestadores de serviços incidem as excludentes não apenas do Código Civil, mas, também, do Código de Defesa do Consumidor.

Corroborando, nesse sentido, ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito, ou força maior, ocorrendo a hipótese de isenção de culpa no caso tela. Isso se

¹³⁷ ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 276-277.

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70029290798**, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/04/2010.

¹³⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70047085311**, Sexta Câmara Cível, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 09/04/2015.

¹⁴⁰ GETÚLIO VARGAS, Comarca de. **Sentença Nº 050/1.10.0001031-9**, 2ª Vara, Juiz: Rafael Echevarria Borba, Julgado em 20/03/2017.

deve ao fato de que não houve equívoco nos procedimentos adotados pelos médicos que atenderam a paciente, não havendo desídia na prestação de serviços.¹⁴¹

Pode-se extrair da ementa acima que são cinco as formas de rompimento do nexo causal: caso fortuito e força maior, inexistência de defeito no serviço, culpa exclusiva da vítima e ato de terceiro. Porém, existe uma modalidade que não exclui o nexo causal, mas atenua, é a chamada culpa concorrente da vítima. Serão estudadas, na sequência, cada uma das excludentes de responsabilidade civil, a começar por aquelas descritas no Código Civil Brasileiro.

De acordo com o disposto no artigo 393 do Código Civil, é isenta a responsabilidade dos nosocômios quando ocorrer situação de caso fortuito ou força maior em relação a danos causados com os pacientes, por quebra do liame de causalidade.

Embora o Código Civil não estabeleça distinção entre o caso fortuito e a força maior, a doutrina conceitua o caso fortuito como o fato que não era possível evitar ou impedir, e a força maior como um acontecimento inevitável, embora possa ser previsível, que acarreta danos à vítima¹⁴².

A força maior costuma acontecer por fatos da natureza, inexistindo ação ou omissão culposa por nenhuma das partes. Caracteriza-se como evento aplicado a um ato originado sem qualquer interferência humana (*act of God*)¹⁴³, derivada de acontecimentos tais quais raio, inundação, terremoto.¹⁴⁴

Quando se fala em caso fortuito deve-se ter em mente que “*decorre de fato alheio à vontade das partes*”.¹⁴⁵ Ligado a atividade médica, o caso fortuito é aquele que decorre da reação do organismo de cada paciente e, embora o avanço da medicina possa reduzir o risco, sempre existe um fator biológico aleatório instável, o que quer dizer, as reações do corpo são, por vezes, imprevisíveis.¹⁴⁶

Miguel Kfourri Neto define a incerteza sobre as reações do corpo humano como “*fator de insegurança imanente ao ato médico*”¹⁴⁷. E complementa:

Existem fatores, inerentes ao paciente ou ao próprio tratamento, que intervêm – e muitas vezes condicionam o sucesso da terapia, impedem ou retardam a cura e provocam efeitos colaterais indesejáveis: a) debilidade orgânica; b) predisposição congênita, c) infecções; d) culpa do próprio paciente; e) complexidade do organismo humano; f) efeitos secundários dos medicamentos; g) anomalias anatômicas. Mesmo em tratamentos singelos, a álea está presente – ainda que em proporções menores – mas nunca deixa de existir.¹⁴⁸

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080966971**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/05/2019.

¹⁴² CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009, p. 220.

¹⁴³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, volume 2. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 485.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 485.

¹⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

¹⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

¹⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43-44.

Colaciona-se ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a confirmar o aceite pelo tribunal quanto ao caso fortuito:

Caso dos autos, no entanto, em que restou demonstrado pelo contexto probatório a **inexistência de culpa do médico que atendeu a autora** no pronto atendimento da UNIMED, **porquanto o diagnóstico foi correto (erisipela) e o fármaco prescrito, Keflex, o mais indicado para o seu quadro clínico, considerando, ainda, a anamnese que revelou ausência de histórico de reações alérgicas a medicamentos. Reação alérgica que decorre de circunstância específica de cada organismo, não sendo previsível ao profissional da medicina. Inexistência, portanto, de erro no atendimento à autora e, conseqüentemente, ausente o dever de indenizar.** Sentença de improcedência mantida. REJEITARAM A PRELIMINAR CONTRARRRECURSAL E DESPROVERAM A APELAÇÃO. (Grifou-se).¹⁴⁹

O caso em tela demonstra a reação imprevisível do organismo ao utilizar a medicação Keflex, configurando caso fortuito. Presente o dever de informação do profissional de saúde, não há que se falar em erro médico e conseqüente reparação de danos.

Sérgio Cavaliéri Filho define a sutileza dos riscos na atividade médica como essencialmente perigosa, ao trazer o risco inerente – aquele ligado à própria natureza do serviço:

Toda cirurgia, até a mais simples, possui um **risco inevitável, que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem certos riscos**, às vezes até com efeitos colaterais, como a quimioterapia e a cirurgia em paciente idoso e de saúde fragilizada, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança. Em princípio, **o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade.** ¹⁵⁰ (Grifou-se)

Agostinho Alvim entende que, decorrente da teoria do risco (responsabilidade objetiva), o caso fortuito é dividido em fortuito interno e fortuito externo, respectivamente, pela atividade ligada internamente à instituição e aquela que está fora do seu alcance. ¹⁵¹ Para o autor:

Entram na categoria de fortuito interno todos os acontecimentos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que ele mesmo imprimiu ao negócio.

(...)

Só se excluiria a responsabilidade por força maior (caso fortuito externo), isto é, por um fato sem ligação alguma com a empresa ou o negócio, como, p. ex., fenômenos naturais.¹⁵²

Agostinho Alvim também salienta a importância da diferenciação das duas excludentes supramencionadas, tendo em vista que para a responsabilidade subjetiva a configuração do caso fortuito é suficiente para exonerar a responsabilização pelo dano,

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70075331009**, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 22/11/2017.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 411.

¹⁵¹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 314.

¹⁵² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 314-315.

ao passo que na responsabilidade objetiva apenas a força maior poderá.¹⁵³ A diferenciação entre caso fortuito e força maior é complementada por Bruno Nubens Barbosa Miragem:

A distinção que opera essa classificação tem relevância quando se trata de responsabilidade objetiva, fundada na culpa do agente, **tanto o caso fortuito quanto a força maior caracterizam-se como impossibilidade de atuação diversa, que apenas aquela impossibilidade genérica, reconhecida a qualquer pessoa, poderá ser invocada para escusar a responsabilidade do agente**, portanto, a força maior, também denominada aqui como caso fortuito externo.¹⁵⁴ (Grifou-se)

Isto é, o fortuito interno apenas rompe o nexo de causalidade na responsabilidade objetiva quando se refere àquela que seria comum a todas as pessoas, e não apenas a algumas em específico, representando o risco inerente da atividade, no caso, a atividade médico-hospitalar.¹⁵⁵

Tratadas as referidas excludentes do nexo de causalidade previstas no Código Civil, serão analisadas agora as excludentes de responsabilidade dispostas no Código de Defesa do Consumidor, a começar pelo eventual defeito do serviço. O fornecedor responde por danos causados por produtos ou serviços defeituosos colocados por ele no mercado de consumo.¹⁵⁶ Ressalta-se que para a configuração do defeito no serviço basta a apresentação de uma falha que lhe retire a segurança legitimamente esperada.¹⁵⁷

Inexistindo defeito na prestação de serviço hospitalar, isto é, demonstrado que a instituição tomou todos os cuidados quanto a estadia e/ou procedimentos realizados em seus pacientes, não há que se falar em defeito de serviço. Nesse sentido, apresenta-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

No entanto, não restou comprovado que a falha na prestação de serviço tenha gerado efetivo dano ao autor, uma vez que o líquido não chegou a ser administrado, tendo sido retido pela funcionária do nosocômio assim que a genitora informou o ocorrido. Dessa forma, a **situação narrada nos autos não é suficiente para dar ensejo à reparação** por danos morais, pois não foi capaz de romper com o equilíbrio psicológico ou atingir a saúde ou a vida do autor, tratando-se de mero aborrecimento ou dissabor, aos quais todos estão sujeitos.¹⁵⁸ (Grifou-se.)

No julgado supracitado, o deslocamento do osso do ombro do autor justificou a necessidade de intervenção cirúrgica, entretanto, alegou ele que mesmo após a cirurgia o membro não obteve pleno funcionamento, motivo pelo qual ficou prejudicada sua capacidade laborativa. A prova pericial dos autos verificou que os movimentos do membro não apresentaram anormalidades, existindo, apenas, a cicatriz, motivo pelo qual entendeu o tribunal que não houve defeito na prestação do serviço, mantendo a decisão de primeiro grau.

¹⁵³ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 330.

¹⁵⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 247.

¹⁵⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 247.

¹⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

¹⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080203201**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/05/2019.

Igualmente aceita é a inexistência do defeito da prestação de serviço hospitalar por cumprimento do dever de informação. A necessidade de informar o paciente se revela tão significativa que, diante da omissão dos esclarecimentos em relação aos riscos reais do tratamento, pode gerar a responsabilidade do nosocômio pelo risco inerente da atividade médica.¹⁵⁹ Tal modalidade de excludente por falha na prestação de serviço é aceita no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ausência de nexo de causalidade entre as técnicas empregadas e os danos reclamados (não obtenção do resultado esperado). **Falha no dever de informação não configurada. Sentença de improcedência mantida.** NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.¹⁶⁰ (Grifou-se).

Como retratado na ementa referida acima, embora em alguns casos na visão do paciente o resultado seja insatisfatório, desde que cumprido o dever de informação, não há que se falar de falha na prestação do serviço. Sérgio Cavalieri Filho acredita que os médicos e hospitais, em eventual ação de reparação de danos:

Podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital.¹⁶¹

Existem situações em que inexistente defeito imputado ao nosocômio, mas, sim, única e exclusivamente o dano ocorreu em decorrência de um agir do próprio paciente. É a culpa exclusiva da vítima, prevista no artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Quando o dano existe por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente.¹⁶²

Se o paciente descumprir ordens informadas pelos profissionais competentes, rompe-se o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o nosocômio, não ficando, portanto, responsável por indenizar a vítima. De acordo com Paulo de Tarso Sanseverino “*O fato exclusivo imputável ao consumidor quebra o nexo de causalidade entre o defeito e o evento lesivo.*”¹⁶³

Deve-se ter em mente que:

O médico não tem um poder absoluto sobre o paciente, não tem sobre ele poder de coação. O paciente tem a obrigação de colaborar, definida como o dever de revelar todos os sintomas da doença, assim como outras indicações pertinentes, submeter-se aos cuidados com docilidade, seguir as orientações do médico durante as várias fases do tratamento e da convalescença e receber cuidados complementares, se necessários. **É claro que a atitude do paciente não é neutra em relação ao resultado do tratamento.** Não se pode dizer, portanto, que o paciente é inteiramente passivo em relação ao médico e que este tem a condução absoluta das ações de saúde.¹⁶⁴ (Grifou-se).

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 411.

¹⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080667868**, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/03/2019.

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 412.

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil.** 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 475.

¹⁶³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271.

¹⁶⁴ FORSTER, Nestor José. **Erro Médico.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 71-72.

Dessa maneira, após uma prescrição cirúrgica ou de tratamento, o médico precisa da colaboração do paciente para que o tratamento seja o mais eficaz possível.¹⁶⁵ O comportamento do paciente durante o tratamento ou no pré e pós operatório é crucial para determinação do êxito ou fracasso do serviço¹⁶⁶. Quando o fato danoso ocorre devido a conduta culposa da vítima, rompe o nexo de causalidade entre o evento lesivo e o nosocômio, excluindo a responsabilidade¹⁶⁷.

A culpa exclusiva da vítima é plenamente aceita no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. LABORATÓRIO. REAÇÃO ALÉRGICA A TRATAMENTO, SEM INDICATIVO DE FALHA NA PRESCRIÇÃO OU NO ATENDIMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. A prestação de serviços relacionados à saúde possui riscos inerentes, que não podem ser atribuídos integralmente aos hospitais e laboratórios. No caso, **é de ser reconhecida a culpa exclusiva da vítima**, a qual, não obstante tenha experimentado reação alérgica e suspenso o tratamento em um primeiro momento, de forma imprudente optou por retomar a aplicação dos produtos que lhe causaram mal. Sentença de improcedência mantida.¹⁶⁸ (Grifou-se)

O caso em tela demonstra a situação em que o tratamento que a vítima se submetia resultou em alergia a ela; entretanto, em vez de suspender o tratamento, optou por continuar as aplicações que lhe resultaram em efeitos colaterais. Desse modo, não há como responsabilizar o nosocômio que lhe atendeu.

Na mesma linha de pensamento, é o exemplo do enfermo internado que recebeu ordem para não levantar da cama, levanta por sua conta e risco, cai, e quebra a bacia: *“Ora, é evidente que houve um dano causado por fato exclusivo da vítima, pois não há que se fala, in casu, em ausência do hospital no seu dever de cuidado e vigilância, a não ser que tivesse esquecido o paciente, deixando-o com necessidade e sem recursos.”*¹⁶⁹

Existe, também, a culpa concorrente da vítima que atenua a responsabilidade; ou seja, demonstra a possibilidade de participação do paciente de modo a colaborar para a ocorrência do fato danoso. Assim, cada um deverá assumir o seu grau de responsabilidade no caso concreto.¹⁷⁰ Ressalte-se que a culpa concorrente da vítima não exclui a ilicitude da conduta profissional, já que não interfere no fator de rompimento de nexo de causalidade. Está preceituada no artigo 945 do Código Civil.

Outro modo de quebrar com o liame é o ato de terceiro, não terceiro empregado ou preposto do nosocômio, mas aquele estranho à relação jurídica entre hospital enquanto fornecedor e paciente enquanto consumidor. Sua base legal está assentada no artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶⁵ VENDRAMINI, Sylvania Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da Teoria da Culpa**. 1ª Edição. Viçosa: Editora UFV, 2002, p. 72.

¹⁶⁶ VENDRAMINI, Sylvania Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da Teoria da Culpa**. 1ª Edição. Viçosa: Editora UFV, 2002, p. 72-73.

¹⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

¹⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70080394307**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 30/05/2019.

¹⁶⁹ COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 31.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil de acordo com o novo código civil**: São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

O ato de terceiro é caracterizado pela interferência de uma pessoa alheia, cujo agir é essencial para a caracterização do dano, motivo pelo qual o hospital deve ser considerado irresponsável por indenizar. O conceito de terceiro é dado por Caio Mário da Silva Pereira:

Conceitua-se em termos mais sutis a caracterização de terceiro como excludente de responsabilidade civil. Esta decompõe, nos dois pólos ativo e passivo: as pessoas do agente e da vítima. Considera-se, então, terceiro qualquer outra pessoa, estranha a esse binômio, que influi na responsabilidade pelo dano.¹⁷¹

A responsabilidade civil objetiva pressupõe nexos de causalidade entre a atividade do agente e o evento danoso, e cessa quando for provado que o dano decorreu de um caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou da própria vítima, de modo a quebrar o vínculo entre ação e o dano.

O objetivo do presente trabalho foi buscar esclarecimentos sobre a responsabilidade civil objetiva a que se enquadram os hospitais, englobando os todos os médicos pertencentes ao corpo clínico, os seus prepostos/empregados e a controvérsia sobre os médicos não prepostos/empregados, com observância das excludentes de responsabilidades cabíveis ao nosocômio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente destacou-se que é essencial que estejam presentes os pressupostos configuradores da responsabilidade civil: a ação e omissão; os tipos de dano e o nexo causal, demonstrando situações que se aplicam à esfera médico-hospitalar, tanto pelo entendimento doutrinário quanto pelo jurisprudencial.

As obrigações do médico com o paciente e do hospital com o paciente são, em regra, de meio e de resultado, respectivamente. Diante do contrato de prestação de serviços são médicos e hospitais enquadrados como fornecedores, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, submetendo-se os nosocômios à regra da responsabilidade objetiva, e os médicos na exceção do mesmo diploma, a responsabilidade civil subjetiva.

Na responsabilidade médica deverá ser provada a culpa do profissional (dolo, imprudência, negligência ou imperícia) juntamente com os demais pressupostos básicos da responsabilidade civil, justificando a teoria através da relação baseada na confiança entre médico e paciente, reduzindo o grau de vulnerabilidade deste.

Na responsabilidade hospitalar o paciente é considerado, em regra, hipossuficiente frente à instituição fornecedora do serviço, buscando amenizar a desigualdade das relações de mercado, desde que presentes os pressupostos básicos da responsabilidade civil. A responsabilidade civil dos hospitais enquadra-se como objetiva por desempenharem atividade empresarial que visa o proveito econômico (quem auferir os bônus deve estar preparado para assumir os ônus), devendo, assim, responsabilizarem-se por atos de determinadas pessoas que tenham ligação com o nosocômio, como os seus empregados e prepostos, pois são a eles subordinados.

Surge o questionamento quando o médico não possui vínculo de subordinação com a instituição. Parece correto e tende a se consolidar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento da corrente majoritária que defende que o dano causado

¹⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 300.

exclusivamente por médico enquanto profissional sem subordinação, e que apenas integra o corpo clínico da instituição (ou outro nome por ela chamado) não torna a casa de saúde corresponsável na demanda indenizatória, embora tenha sido concedido a ele o ambiente, ainda que de forma onerosa.

As excludentes de responsabilidade aplicáveis ao nosocômio são tanto as dispostas no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor. A força maior exclui o nexo de causalidade por se tratar de evento originado por fatos da natureza, enquanto o caso fortuito, que é uma causa desconhecida ligada à pessoa ou à coisa, pode decorrer de fator biológico aleatório e instável, como a reação do organismo de cada paciente.

Faz-se necessário mencionar alguns deveres imputados aos profissionais da saúde, quais sejam: o dever da prestação de um serviço diligente em relação ao tratamento e o dever de informação em todas as fases da relação contratual, através do consentimento informado – documento que apenas será dispensado em situações de urgência médica, nos quais há risco de morte ou dano irreversível. Inexistente falha na prestação de serviço do hospital – seja pela conduta adotada por seus prepostos ou empregados, seja através do dever de informação –, não haverá como imputar responsabilidade ao nosocômio, uma vez que a demanda deverá prosseguir apenas em relação ao médico enquanto profissional liberal, se verificada sua culpa, ou deverá ser julgada improcedente, se inexistente o dano.

Outra hipótese é a situação em que o dano decorreu de um agir do próprio paciente - a culpa exclusiva da vítima. O paciente deve atender às prescrições médicas no antes, durante e depois do tratamento. A culpa concorrente da vítima, por sua vez, não quebra o nexo de causalidade, mas atenua, havendo responsabilidade para cada um na medida da sua culpabilidade.

Poderá quebrar o nexo de causalidade, por último, o ato de terceiro: a interferência de uma pessoa alheia, cujo agir é essencial para a caracterização do dano, motivo pelo qual o hospital não deverá ser responsabilizado. A responsabilidade civil objetiva, portanto, pressupõe nexo de causalidade entre a atividade do agente e o evento danoso, e cessa quando restar demonstrada quaisquer das excludentes ou atenuante recém mencionadas.

Ainda, diante de uma demanda de reparação de danos em que o nosocômio foi demandado indevidamente, deverá alegar, em sede de preliminar de contestação, a sua ilegitimidade passiva, devendo indicar, desde logo e se possível, o autor do dano, sob pena de arcar com os ônus sucumbenciais e indenização ao autor. Caso seja acolhido o pedido feito em preliminar de contestação, será o hospital retirado do polo passivo da demanda, caso em que ela continuará apenas contra o facultativo, se ele também foi acionado.

O presente artigo não teve o objetivo de exaurir o tema, mas trazer à baila a problemática acerca da legitimidade, ou não, dos nosocômios, diante de um erro médico.

7 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180. Disponível em <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf>.

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ARAÚJO, Vanessa Donato de (Coordenação). **Responsabilidade Civil – Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 5.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM Nº 1931/2009, de 24 de setembro de 2009. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>.
- BUENO, Cassi Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARPES, Artur Thompsen. **A Prova do Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 2.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.124/83**. Rio de Janeiro, 1983. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1124_1983.htm>.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.481/97**. Brasília, 1997. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1481_1997.htm>.
- CORREIA LIMA, Fernando Gomes. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FORSTER, Nestor José. **Erro Médico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. V. 4.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 2.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. V. 2.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATIELO, Fabrício Zamprogna Matielo, **Responsabilidade civil do médico**. 1ª Edição. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade Civil: e sua interpretação pelos Tribunais**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

MENEZES, Bruno Seligman de. **O Médico, o Corpo Clínico e o SUS – Uma análise do delito de concussão frente ao artigo 327 do código penal**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Volume 7: Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade e JUNIOR, Nelson Nery. **Responsabilidade Civil Direito Fundamental à Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Agravo de Instrumento N° 70077345585**, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 13/06/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível N° 70029290798**, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/04/2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70044370849**, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 23/11/2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70047085311**, Sexta Câmara Cível, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 09/04/2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70075331009**, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 22/11/2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70075361873**, Sexta Câmara Cível, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Redator: Julgado em 22/02/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70076721992**. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 16/05/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível Nº 70078841780**, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 25/10/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70077719912**. Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 19/10/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079207767**. Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 21/02/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079585329**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 28/11/2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70079794855**. Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 25/04/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080203201**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/05/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70080394307**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 30/05/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080667868**, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/03/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70080966971**, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/05/2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70081114100**, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/05/2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 4.
- ROSENVOLD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. V. 3.
- ROSENVOLD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coordenação). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.
- SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Vieira Leonardo. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da Teoria da Culpa**. Viçosa: Editora UFV, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.