

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

NANCI ANDRADE DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENFERMEIRO
EM ÁREA HOSPITALAR**
Culpa “in vigilando”

MARÍLIA
2014

NANCI ANDRADE DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENFERMEIRO EM ÁREA HOSPITALAR
Culpa “*in vigilando*”

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. IARA RODRIGUES DE TOLEDO

MARILIA
2014

Santos, Nanci Andrade dos.

Responsabilidade civil do enfermeiro em área hospitalar culpa “*in vigilando*”/ Nanci Andrade dos Santos; orientador: Iara Rodrigues de Toledo. Marília, SP: [s.n.], 2014.

76 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Responsabilidade civil 2. Enfermeiro 3. Culpa “*in vigilando*”

CDD: 342.156



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
MANTEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DA MARILIA - UNIVEM
Curso de Direito

Nanci Andrade dos Santos

RA: 46180-6

Responsabilidade Civil do Enfermeiro Em Área Hospitalar Culpas "in vigilando"

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100

ORIENTADOR(A): 
Lara Rodrigues de Toledo

1º EXAMINADOR(A): 
Teofilo Marcelo de Azeiteiro Junior

2º EXAMINADOR(A): 
Shauma Schiavo Schimidt

Marília, 05 de dezembro de 2014.

DEDICATÓRIA

*A Deus, pela presença constante em minha vida,
e em todas atividades ;*

Ao meu companheiro e amigo que sempre esteve ao meu lado Odair;

*Aos meus familiares que com muito carinho
sempre me deu apoio, carinho e compreensão;*

*Ao meu co-orientador Prof. Dr. Teófilo que sempre com muita paciência
pode me auxiliar nas minhas dúvidas e com suas brilhantes sugestões*

*consegui junto a minha orientadora Prof^a. Dr^a. Iara
a elaboração deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela condução de minha vida, pela luz, esperança, saúde e alegria que obtive confiante nele todos os dias para superar os obstáculos.

Agradeço de modo particular:

Ao meu companheiro e amigo Odair D. Neves que sempre esteve ao meu lado, me apoiando, dando forças para finalizar esta etapa que é muito importante para mim e para meu crescimento profissional. Agradeço a minha família, meu norte, minha estrutura, minha rocha que sempre esteve ao meu lado, nas alegrias e momentos de dor, com imenso carinho me apoiando, em especial a minha mãe Santina, a minha sobrinha Ellen Caroline e meus irmãos Vanderleí, Vanderléia e Maríci.

Aos meus colegas de classe, que sempre pude contar nos momentos de trabalho em equipe, nas dúvidas, no companheirismo.

Aos Profs. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior e Dr^a Iara Rodrigues de Toledo, pelo auxílio seguro e oportuno na orientação, aliados à experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

EPÍGRAFE

***Agradeço todas as dificuldades que enfrentei;
não fosse por elas, eu não teria saído do lugar.***

As facilidades nos impedem de caminhar.

Mesmo as críticas nos auxiliam muito.

Chico Xavier

SANTOS, Nanci Andrade dos. **Responsabilidade civil do enfermeiro em área hospitalar culpa “in vigilando”**. 2014. 76 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “A Responsabilidade civil do enfermeiro em área hospitalar culpa *in vigilando*”. A responsabilização do profissional da enfermagem, diante de um ato ilícito, de uma conduta realizada com imprudência, negligência ou imperícia, que tem como resultado o dano ao cliente que esta sendo assistido por este profissional. No nosso ordenamento jurídico vigora como regra geral, o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorrente da culpa. A culpa é falta de diligência na observância de norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessários para observá-la, com resultado não objetivado, expressado na iliciedade, é a falta de preparo, de técnicas, elementos subjetivo, que resulta o mau procedimento imputável. A sua responsabilização poderá ser na esfera civil ou penal, além das previstas no Código de Ética do Profissional da Enfermagem. A reparação do dano poderá atingir a pessoa do seu empregador, que responderá objetivamente por fato de terceiro, respondera pela culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, pois tinha o dever de bem eleger o seu preposto e de fiscalizá-lo, neste caso independe de prova a sua culpa. O enfermeiro responde pelo dano que der causa sua ação de forma subjetiva, responde pela culpa *in vigilando*, quando infringir um dever de cautela em relação à pessoa, objeto ou coisa que estiver sob sua responsabilidade, sua culpa necessita ser provada. O dano experimentado pelo cliente, a dor, o sofrimento, o abalo psíquico, o desconforto, a dor na alma, caracteriza-se como uma lesão aos direitos personalíssimos. A indenização na forma pecuniária tem o condão de amenizar o dano, no entanto o dano moral suportado é insusceptível de apreciação econômica. A infração de um dever preexistente resulta da imputação de um resultado e à consciência do agente, é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica e prejudique interesses alheios para que seja responsabilizado. A sociedade mudou, nestes tempos modernos há uma exigência maior, dos profissionais, uma melhor qualificação e preparo, para que não seja alvo de processos, os indivíduos estão mais conscientes de seus direitos e o erro não tem mais espaço, até mesmo porque, não se pode falar em erro, quando estamos lidando com vidas.

Palavras-chave: Enfermeiro. Responsabilidade civil. Culpa. Negligência. Imperícia. Impudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1. HISTÓRIA E LEGISLAÇÕES DA ENFERMAGEM.....	12
1.1- História da Enfermagem.....	12
1.2- Legislações que disciplinam a profissão de enfermagem	15
CAPÍTULO 2. DOS TIPOS DE RESPONSABILIDADE.....	21
2.1- Responsabilidade Civil.....	21
2.2- Do Ato Ilícito	23
2.3- Da Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva	24
2.4- Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	27
2.5- Da Responsabilidade Civil e Penal	30
CAPITULO 3. ELEMENTOS DO FATO LESIVO	35
3.1- Elementos do Fato Lesivo	35
3.1.1-Dolo.....	35
3.1.2-Culpa	38
3.1.3-Dano	41
3.2. Dano Material.....	42
3.3. Dano Moral.....	42
3.4- Outros Tipos de Dano	44
3.5- Nexo de Causalidade.....	45
3.6- Reparação do Dano e Consequência do Ato Ilícito.....	46
CAPITULO 4. TIPOS DE CULPA, INFRAÇÕES E CASOS EMBLEMÁTICOS.....	48
4.1- Classificação da Culpa	48
4.2- Quanto a Gradação da Culpa.....	49
4.3- Quanto a Imprudência, Negligência e Imperícia.....	50
4.4- Quanto as Formas.....	55
4.4.1- Culpa <i>in eligendo</i> :	55
4.4.2- Culpa <i>incomittendo</i>	56
4.4.3- Culpa <i>in omittendo</i>	57
4.4.4- Culpa <i>in custodiendo</i>	57
4.4.5- Culpa <i>in vigilando</i>	57
4.5- Das Infrações e Penalidades do Enfermeiro.....	59
4.6- CASOS EMBLEMÁTICOS	62
4.6-A- Caso I.....	62
4.6-B- Caso II.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Neste trabalho estudaremos a Responsabilidade Civil do Enfermeiro na área hospitalar no tocante a “*culpa in vigilando*”, a responsabilidade pela guarda e vigilância do cliente que esta sob os seus cuidados. A responsabilidade dos profissionais de saúde, dentro do ambiente hospitalar, sua caracterização (conduta, dano e nexo de causalidade), bem como o ato lícito e ilícito, as responsabilidades objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, civil e penal e a ética profissional.

Trataremos dos conceitos de culpa, suas formas, classificação, da gradação, e as modalidades da culpa previstas no Código Civil como a imprudência, negligência, imperícia, bem como os critérios para aferição da culpa, a “*culpa in vigilando*”, o dolo, a ética profissional e a responsabilidade dos Enfermeiros prevista nas principais legislações que regula o exercício profissional.

A abordagem do tema se faz necessária, para que os profissionais possam ter maior conhecimento, das suas responsabilidades na prestação de cuidado junto ao cliente, os atos praticados com a falta do dever legal de conduta, serão passíveis de reparação. O ato lícito é entendido como algo permitido pela lei, algo correto ou válido, que confere os efeitos almejados pelo agente.

Enquanto que, o ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no Art. 186 Código Civil, que estabelece, que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, e será responsabilizado.

E, partindo destes pressupostos e da análise de literaturas, artigos e dispositivos legais, podemos observar as formas de responsabilidades trazidas pelo nosso ordenamento jurídico. Assim, mister se faz compreendermos, a responsabilidade subjetiva ou Teoria da Culpa, que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, e não havendo culpa, não há responsabilidade. A culpa subjetiva se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente é pressuposto necessário do dano indenizável.

Na responsabilidade objetiva se trata da reparação de um dano causado à outra pessoa, sendo esta responsabilidade legal ou objetiva, porque prescinde da culpa se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Assim, podemos dizer que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente da culpa.

Na responsabilidade contratual, uma pessoa que causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual, acarreta uma responsabilidade de indenizar as perdas e danos, previsto nos termos do Art. 389 do Código Civil. Quando esta responsabilidade não deriva de um contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no Art. 927, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana.

O cliente quando chega ao hospital para ser atendido, celebra com este uma obrigação uma relação contratual, os prejuízos que vier a sofrer pelo descumprimento, acarretará uma responsabilidade de indenizar perdas e danos, seja pelo profissional enfermeiro que der causa, ou pelo seu empregador, que não vigiou ou elegeu mal o seu preposto.

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade tem esteio na esfera civil (o interesse lesado é do direito privado) e penal (aqui há violação de uma norma de direito público, o interesse lesado é o da sociedade), a ilicitude, o ato praticado pelo profissional, poderá gerar reflexos nestas duas áreas, a existência do fato e da autoria do ato ilícito, são questões que são decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada, que poderá gerar o dever de indenizar, de reparação na área civil.

Assim, o cliente que sofreu prejuízo decorrente de uma ação do profissional enfermeiro poderá pleitear a sua reparação, pelo ato ilícito praticado. Se a ação resultar de uma falta de cumprimento de um dever legal de conduta, como na omissão, o interesse lesado é o da sociedade, pois este tinha o dever legal de agir.

O enfermeiro no desempenho de suas atividades deverá ter ética profissional, este se encontra vinculado a um conjunto de princípios que caracterizam o bem e o mal. A sua conduta, deve estar pautada, na preservação do bem estar e na promoção da saúde do cliente.

A atuação do profissional da saúde deverá estar em consonância com o conjunto de normas e condutas que, deverão ser postas em prática, no seu exercício e em meio à sociedade. A ética é a ação que regula o desempenho das profissões, fazendo com que o profissional respeite seu semelhante quando no exercício da sua profissão.

O relacionamento do enfermeiro com seu cliente deve ser baseado na confiança, visando à dignidade humana e a construção do bem-estar, cabe a este o dever e responsabilidade de aceitar encargos ou atribuições, somente quando capaz de desenvolvê-lo, para que não haja danos decorrentes da imprudência, negligência e imperícia.

Constata-se então o forte conteúdo ético presente no exercício profissional e sua importância na formação de recursos humanos e nas atividades a serem desenvolvidas pelos profissionais da saúde, bem como a responsabilidade que decorre de seus atos, na prestação

do cuidado, relação esta, que deve estar em harmonia, com os preceitos éticos e legais, para que o cliente assistido não sofra nenhum prejuízo, por fatos decorrentes de imperícia, negligência e imprudência na área hospitalar.

A abordagem do tema se faz necessária, para que possamos ter uma melhor compreensão, dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto profissionais da enfermagem, pois diariamente atuamos no cuidado e contato direto com os clientes que estão sendo assistidos, ficando os profissionais expostos à responsabilização por atos e procedimentos que resultem em prejuízo aos clientes.

Trata-se de uma revisão sistemática de literatura, de análise de acórdãos e leis, assim como outros tipos de estudo de revisão, é uma forma de pesquisa que utiliza como fonte de dados à literatura sobre determinado tema. As revisões sistemáticas são úteis para integrar as informações de um conjunto de estudos realizados separadamente sobre determinado tema, que podem apresentar resultados conflitantes, e que necessitam de evidência, auxiliando na orientação para investigações futuras.

A coleta de dados também foi realizada via internet a partir da base de dados no site de busca Google Acadêmico (<http://scholar.google.com.br/?hl=pt-BR>). Nos textos pesquisados tivemos como base as palavras chave: Enfermeiro, responsabilidade civil, culpa, negligência, imperícia e impudência.

Foram selecionados artigos na íntegra, publicados em periódicos nacionais e internacionais, literaturas, que abordem a temática, analisados por meio de um formulário contendo informações sobre, identificação: Título do artigo e periódico, ano de publicação, identificação do autor, País, idioma, Estado, instituição sede do estudo, tipo de revista científica e palavras-chaves.

Este trabalho contará com quatro capítulos, no primeiro será abordada a história e as legislações que disciplinam a profissão do enfermeiro, no segundo iremos discorrer sobre os tipos de responsabilidade, no terceiro teremos como objeto, os elementos do fato lesivo, o nexos de causalidade e a reparação dos danos, finalizaremos com o quarto capítulo, abordando a classificação da culpa e apresentação de casos emblemáticos.

CAPÍTULO 1. HISTÓRIA E LEGISLAÇÕES DA ENFERMAGEM

Neste capítulo, para que possamos ter uma melhor compreensão do tema, é necessário abordarmos alguns aspectos, a história e as principais legislações que regula o exercício do profissional de enfermagem. A enfermagem é uma ciência, uma arte, uma missão, as ações do enfermeiro devem ser voltadas para o cuidado, agindo conforme seu juramento e respeitando os dispositivos legais que regem a profissão.

1.1 História da Enfermagem

A Enfermagem é uma profissão desenvolvida através dos séculos, em estreita relação com a história da civilização, documentos registram que, nas eras mais remotas, a responsabilidade de cuidar das crianças, velhos e doentes nas tribos primitivas, ficavam a cargo das progenitoras, sob a orientação de curandeiros e feiticeiros, estes cuidados eram realizados nas casas dos doentes (GARCIA *et al.*, 2008, p. 327).

Estes autores mencionam que havia uma crença em que as doenças, eram castigos dos Deuses, onde levava esses povos a buscar ajuda de sacerdotes e feiticeiros, que acumulavam a função de médico, farmacêutico e enfermeiro, o tratamento á época era muito rudimentar, tinha como finalidade aplacar as divindades, por meio de sacrifícios, e afastar os maus espíritos, pois através deste sacrifício a pessoa seria curada.

Com o passar do tempo, os curandeiros foram adquirindo conhecimento prático sobre plantas medicinais, iniciando-se uma nova fase no tratamento das doenças, que eram tidas no início como castigo. Houve uma evolução do homem, no tratamento dos doentes, históricos registrados em antigos papiros, códigos e livros de orientação política e religiosa, versam sobre os conhecimentos destas ferramentas para o tratamento (GARCIA *et al.*, 2008, p. 327).

Tempos mais tarde com a Revolução Industrial de 1760, que foi impulsionada pela melhoria das condições de transportes terrestres, marítimos, meios de comunicação, houve um aceleramento econômico e científico. A Revolução tecnocientífica da Idade Moderna foi à precursora de um progresso social significativo conforme Geovanini (1995, p.15).

A doença nessa época tornou-se um obstáculo à força produtiva do trabalho, com diminuição de produção e transtornos econômicos e políticos, manter a saúde como necessidade básica do indivíduo passou a significar manutenção da produtividade, ou seja, a

saúde era importante para que os indivíduos tivessem condições de trabalho, e não porque era um direito (GEOVANINI, 2002, p. 22).

A prática médica ganhou destaque com o advento da Medicina política e social. Segundo Garcia *et al.*, (2008, p. 327) a enfermagem surge com a finalidade de organizar de forma hierárquica o espaço hospitalar. Este modelo foi orientado pelo “ensino nitingaleano”, surgido na Inglaterra em 1860. A escola de enfermagem, organizada por Florence Nightingale, que estabelecia novos princípios para a educação das enfermeiras, nasceu junto ao Hospital Saint Thomas, em Londres. O curso tinha duração de um ano e preparava jovens, as *nurses*, apenas para cuidar dos doentes, não contemplando a administração dos serviços de enfermagem.

Florence Nightingale é considerada a fundadora da enfermagem moderna. Nasceu em Florença em 12 de maio de 1820, filha de ingleses, ricos e sua cultura estava acima do comum entre as moças do seu tempo. Falava várias línguas como latim, grego, francês, alemão e italiano. Sua tendência em cuidar dos enfermos manifestou-se ainda na infância, com o desejo de realiza-se como enfermeira, estudou, viajou por vários países, teve várias experiências no cuidado de enfermos (HISTÓRIA ..., 2014).

Em visita ao Hospital de Dublin dirigido pelas Irmãs de Misericórdia, Ordem Católica de Enfermeiras, fundada 20 anos antes. Conhece as Irmãs de Caridade de São Vicente de Paulo, na Maison de la Providence em Paris. Em 1854, a Inglaterra, a França e a Turquia declaram guerra à Rússia (Guerra da Criméia). Os soldados ingleses encontravam-se em situação de total abandono. A mortalidade entre os hospitalizados chegavam a 40%. Florence partiu para Scutari com 38 voluntárias entre religiosas e leigas vindas de diferentes hospitais. Com os cuidados que passaram a ser prestados por Florence e sua equipe, a mortalidade decresce de 40% para 2%. Obteve êxito em seus trabalhos durante a guerra, e neste período contraiu a doença de tifo (doença infectocontagiosa causada por bactérias do gênero *Rickettsias*), e ao retornar da Criméia, em 1856, passou a levar uma vida de inválida (HISTÓRIA ..., 2014).

Florence passou a dedicar-se com ardor, a trabalhos intelectuais. Os trabalhos realizados na Criméia, fez com que ganhasse um prêmio do Governo Inglês e, graças a este prêmio, consegue iniciar o que para ela é a única maneira de mudar os destinos da Enfermagem – uma Escola de Enfermagem em 1859. A escola de Enfermagem ficava no Hospital Saint Thomas, que passou a servir de modelo para as demais escolas que foram fundadas posteriormente (HISTÓRIA, 2014).

No Brasil, com o próprio descobrimento já fazia parte do programa dos colonizadores a abertura de Hospitais e Santas Casas. A primeira Casa de Misericórdia foi fundada na Vila de Santos, em 1543. Em seguida, ainda no século XVI, surgiram as do Rio de Janeiro, Vitória, Olinda e Ilhéus. Mais tarde Porto Alegre e Curitiba, esta inaugurada em 1880, com a presença de D. Pedro II e Dona Tereza Cristina. Na época o cuidado para com os pobres, órfãos e doentes ficavam a cargo de religiosos, voluntários e escravos (PAIXÃO, 1.979, apud. GARCIA *et al.*, 2008, p. 340).

A partir do século XVII, foram surgindo no Brasil hospitais militares, destinados a tropas. No século XVIII surgem nas cidades os lazarentos, destinados a atender portadores de hanseníase, e enfermarias para atender presos e funcionários públicos. Apesar da saúde do povo brasileiro, merece destaque pelo ensino de ciências e catequese é o padre José de Anchieta, exercia atividades de médico, enfermeiro, o tratamento que utilizava era a base de ervas medicinal (CRUZ, 2013).

Para o desenvolvimento da enfermagem no Brasil, também tivemos grande contribuição de Frei Fabiano Cristo, que durante 40 anos exerceu atividades de enfermeiro no Convento de Santo Antônio do Rio de Janeiro (Séc. XVIII). Os escravos tiveram papel relevante, também nesta época, pois auxiliavam os religiosos no cuidado dos doentes. Em 1738, Romão de Matos Duarte consegue fundar no Rio de Janeiro a Casa dos Expostos. Somente em 1822, o Brasil tomou as primeiras medidas de proteção à maternidade que se conhecem na legislação mundial, graças à atuação de José Bonifácio Andrada e Silva. A primeira sala de partos funcionava na Casa dos Expostos em 1822 (BLOG ..., 2014).

Já em 1832 organizou-se o ensino médico e foi criada a Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. A escola de parteiras da Faculdade de Medicina diplomou no ano seguinte a célebre Madame Durocher, a primeira parteira formada no Brasil. No começo do século XX, grande número de teses médicas foram apresentadas, sobre higiene infantil e escolar, demonstrando os resultados obtidos e abrindo horizontes e novas realizações. Esse progresso da medicina, entretanto, não teve influência imediata sobre a Enfermagem. Assim sendo, na enfermagem brasileira do tempo do Império, raros nomes se destacaram e, entre eles, merece especial menção o de Anna Nery (BLOG ... , 2014).

Anna Nery, seu nome verdadeiro Justina Ferreira, nascida em 13 de dezembro de 1814 na cidade de Cachoeira na Bahia, casou-se e ficou viúva logo cedo, aos 30 anos. Duas décadas depois na Guerra do Paraguai (1864-1870), sob a presidência de Solano Lopes, seus dois filhos, um médico militar e outro oficial do exército, foram convocados a servir a Pátria.

Não resistindo à separação da família Anna Nery escreve ao presidente da Província colocando-se a disposição da Pátria (GARCIA *et al.*, 2008, p. 341).

Tendo sido convocada, parte para o campo de batalha, onde sem medir esforços lutava para improvisar hospitais e atender aos feridos. Retornando ao Brasil, é acolhida com louvor e recebe a coroa de louros. Seu trabalho foi semelhante ao de Florence, e com isso rompem-se os preceitos da época que faziam das mulheres prisioneiras do lar, sem poder exercer qualquer outra atividade fora de casa (GARCIA *et al.*, 2008, p. 341).

Na linha do tempo, estes trabalhos foram sendo aperfeiçoados devido ao grande contingente populacional, e a necessidade cada vez maior de se ter profissionais qualificados, realizando políticas de saúde, desenvolvendo trabalho em equipe multidisciplinar, visando à promoção da saúde, chegamos aos dias atuais com o sistema de saúde existente. Assim, temos que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, direitos estes fundamentais dispostos na nossa Constituição Federal.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste sentido, temos que a atuação do enfermeiro, é de extrema importância nas unidades hospitalares, o qual deve em suas atividades, pautar-se em elementos que corroboram para a promoção da saúde, utilizando de técnicas, conhecimentos científicos, práticas, para a preservação da vida.

1.2 Legislações que disciplinam a profissão de enfermagem

O exercício da enfermagem é regulado através de aspectos legais e éticos, dispostos através das legislações: Lei nº 5.905/73 que dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem, a Lei nº 7.498/86 e o Decreto 94.406/87 que dispõe sobre a regulamentação da enfermagem, a Lei nº 8.967/94 que altera o parágrafo único do art. 23 da Lei 7.498, o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem/93 e o Código de Processo Ético/95 com as respectivas Resoluções do COFEN que os aprovam (COREN-SP, 2007, p. 3).

A Lei nº 7.498 de 25 de junho de 1.986, dispõe sobre o exercício da enfermagem e dá outras providências. Em seu artigo 6º, temos o conceito de enfermeiro conforme abaixo:

Art. 6º São enfermeiros:

- I- O titular do diploma de Enfermeiro conferido por instituição de ensino, nos termos da lei;
- II- O titular do diploma ou certificado de obstetritz ou de enfermeira obstétrica, conferido nos termos da lei;
- III- O titular do diploma ou certificado de enfermeira e a titular do diploma ou certificado de enfermeira obstétrica ou obstetritz, ou equivalente, conferido por escola estrangeira segundo as leis do país, registrado em virtude de acordo de intercâmbio cultural ou revalidado no Brasil como diploma de enfermeiro, de enfermeira Obstétrica ou Obstetritz;
- IV- Aqueles que, não abrangidos pelos incisos anteriores, obtiverem título de enfermeiro conforme o disposto na alínea *d* do art.3º do Decreto nº. 50.387, de 28 de março de 1961(COREN-SP, 2007, p. 11).

No exercício da profissão, compete ao enfermeiro privativamente conforme o Decreto nº. 94.406, de 08 de junho de 1.987, que Regulamenta a Lei nº 7.498 de 25 de junho de 1.986, em seu art. 8º (COREN-SP, 2007, p. 16-17), as seguintes atividades:

Art. 08. Ao enfermeiro incumbe:

I - privativamente:

- a) direção do órgão de Enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública ou privada, e chefia de serviço e de unidade de Enfermagem;
- b) organização e direção dos serviços de Enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;
- c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de Enfermagem;
- d) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de Enfermagem;
- e) consulta de Enfermagem;
- f) prescrição da assistência de Enfermagem;
- g) cuidados diretos de Enfermagem a pacientes graves com risco de vida;
- h) cuidados de Enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos científicos adequados e capacidade de tomar decisões imediatas;

II - como integrante de equipe de saúde:

- a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;
- b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;
- c) prescrição de medicamentos previamente estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;
- d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;
- e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar, inclusive como membro das respectivas comissões;
- f) participação na elaboração de medidas de prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados aos pacientes durante a assistência de Enfermagem;
- g) participação na prevenção e controle das doenças transmissíveis em geral e nos programas de vigilância epidemiológica;
- h) prestação de assistência de enfermagem à gestante, parturiente, puérpera e ao recém-nascido;

- i) participação nos programas e nas atividades de assistência integral à saúde individual e de grupos específicos, particularmente daqueles prioritários e de alto risco;
- j) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;
- l) execução e assistência obstétrica em situação de emergência e execução do parto sem distocia;
- m) participação em programas e atividades de educação sanitária, visando à melhoria de saúde do indivíduo, da família e da população em geral;
- n) participação nos programas de treinamento e aprimoramento de pessoal de saúde, particularmente nos programas de educação continuada;
- o) participação nos programas de higiene e segurança do trabalho e de prevenção de acidentes e de doenças profissionais e do trabalho;
- p) participação na elaboração e na operacionalização do sistema de referência e contra referência do paciente nos diferentes níveis de atenção à saúde;
- q) participação no desenvolvimento de tecnologia apropriada à assistência de saúde;
- r) participação em bancas examinadoras, em matérias específicas de Enfermagem, nos concursos para provimento de cargo ou contratação de Enfermeiro ou pessoal Técnico e Auxiliar de Enfermagem.

As atividades acima descritas, que são de competência do Enfermeiro devem ser entendidas como um rol meramente exemplificativo, visto que na rotina de seu dia-a-dia, na prestação do cuidado, há outros enfrentamentos a serem superados, pois não se trata de mero cuidador, coordenador, executor de técnicas, de organizador, mas, é aquele que está próximo ao doente, que vai ouvi-lo, que lhe proporcionará uma palavra amiga, que trará esperança e que sobre tudo é amigo, é paciente e respeita as angustias, as depressões, que são características daqueles que estão acometidos por uma doença.

Para Figueiredo (1997, p. 59), a relação entre a oferta do cuidado é ato intrínseco.

Cuidado é ação entre duas pessoas: uma oferta o cuidado e a outra recebe, e é ação incondicional do trabalho da enfermeira, que envolve movimentos corporais, impulsos, emoções (amor, ódio, alegria, esperança, tristeza, desespero); energia, disponibilidade para sentir, tocar o outro. É um ato libertador da enfermeira – ele lhe dá autonomia e é a essência da profissão, porque significa uma ação humana que ultrapassa os limites de quem dá e de quem recebe o cuidado: é uma ação política, transpessoal, transversal, espiritual (FIGUEIREDO, 1997, p. 59-60).

A atuação do enfermeiro deve estar voltada para o cuidado, tendo este a responsabilidade pelo cliente, que está sob sua assistência, os erros cometidos no exercício da profissão serão passíveis de responsabilização na esfera civil, penal e ética, as infrações terão reflexo no Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, podendo ser penalizados com advertência verbal, multa, censura, suspensão do exercício profissional e cassação do direito ao exercício profissional.

São princípios fundamentais estabelecidos no Código de ética dos profissionais de enfermagem:

A Enfermagem é uma profissão comprometida com a saúde e qualidade de vida da pessoa, família e coletividade.

O Profissional da enfermagem atua na promoção, prevenção, recuperação e reabilitação da saúde, com autonomia e em consonância com os preceitos éticos e legais.

O profissional de enfermagem participa, como integrante da equipe de saúde, das ações que visem satisfazer as necessidades de saúde da população e da defesa dos princípios das políticas públicas de saúde e ambientais, que garantam a universalidade de acesso aos serviços de saúde, integralidade da assistência, resolutividade, preservação da autonomia das pessoas, participação da comunidade, hierarquização e descentralização político-administrativa dos serviços de saúde.

O Profissional de Enfermagem respeita a vida, a dignidade e os direitos humanos, em todas as suas dimensões.

O Profissional de Enfermagem exerce suas atividades com competência para a promoção do ser humano na sua integralidade, de acordo com os princípios da ética e da bioética.

O Profissional de Enfermagem exerce suas atividades com competência para a promoção da saúde do ser humano na sua integridade, de acordo com os princípios da ética e da bioética (COREN-SP, 2007, p. 22).

É neste sentido, que os profissionais devem pautar as suas ações, visando às necessidades e a prestação de uma assistência com qualidade sem riscos ou danos ao cliente que esta sob sua responsabilidade.

Tendo que a enfermagem é uma missão, os profissionais devem zelar pela manutenção e qualidade na prestação dos serviços, atuando de forma comprometida, defendendo as políticas públicas de saúde, garantindo a integralidade dos serviços, o acesso pela comunidade, assegurando assim princípios básicos com a dignidade humana.

O Código de Ética dos Profissionais da Enfermagem estabelece ainda direito e deveres que devem ser respeitados pelos profissionais de enfermagem, dispostos nos artigos 5º, 6º e 7º (COREN-SP, 2007, p. 23),

Responsabilidades e deveres

Art. 5º - Exercer a profissão com justiça, compromisso, equidade, resolutividade, dignidade, competência, responsabilidade, honestidade e lealdade.

Art. 6º – Fundamentar suas relações no direito, na prudência, no respeito, na solidariedade e na diversidade de opinião e posição ideológica.

Art. 7º Comunicar ao COREN e aos órgãos competentes, fatos que infrinjam dispositivos legais e que possam prejudicar o exercício profissional.

Deve o profissional da enfermagem, exercer sua profissão com compromisso, os enfrentamentos diários muitas vezes são imprevisíveis, pois a cada momento se depara com uma situação, com uma doença, com um tipo específico de tratamento, no entanto é obrigação

deste, aprimorar seus conhecimentos, técnicas para que possa desempenhar com efetividade suas ações no cuidado.

Suas atividades, responsabilidades e deveres estão regulados no Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, que assim estabelece:

Responsabilidades e deveres

Art. 12 - Assegurar à pessoa, família e coletividade assistência de Enfermagem livre de danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência.

Art. 13 - Avaliar criteriosamente sua competência técnica, científica, ética e legal e somente aceitar encargos ou atribuições, quando capaz de desempenho seguro para si e para outrem.

Art. 14 - Aprimorar os conhecimentos técnicos, científicos, éticos e culturais, em benefício da pessoa, família e coletividade e do desenvolvimento da profissão.

Art. 15 - Prestar Assistência de Enfermagem sem discriminação de qualquer natureza.

Art. 16 - Garantir a continuidade da Assistência de Enfermagem em condições que ofereçam segurança, mesmo em caso de suspensão das atividades profissionais decorrentes de movimentos reivindicatórios da categoria.

Art. 17 - Prestar adequadas informações à pessoa, família e coletividade a respeito dos direitos, riscos, benefícios e intercorrências acerca da Assistência de Enfermagem.

Art. 18 - Respeitar, reconhecer e realizações que garantam o direito da pessoa ou de seu representante legal, de tomar decisões sobre sua saúde, tratamento, conforto e bem estar.

Art. 19 - Respeitar o pudor, a privacidade e a intimidade do ser humano, em todo seu ciclo vital, inclusive nas situações de morte e pós-morte.

Art. 20 - Colaborar com a Equipe de Saúde no esclarecimento da pessoa, família e coletividade a respeito dos direitos, riscos, benefícios e intercorrências acerca de seu estado de saúde e tratamento.

Art. 21 - Proteger a pessoa, família e coletividade contra danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência por parte de qualquer membro da Equipe de Saúde.

Art. 22 - Disponibilizar seus serviços profissionais à comunidade em casos de emergência, epidemia e catástrofe, sem pleitear vantagens pessoais.

Art. 23 - Encaminhar a pessoa, família e coletividade aos serviços de defesa do cidadão, nos termos da lei.

Art. 24 - Respeitar, no exercício da profissão, as normas relativas à preservação do meio ambiente e denunciar aos órgãos competentes as formas de poluição e deterioração que comprometam a saúde e a vida.

Art. 25 - Registrar no Prontuário do Paciente as informações inerentes e indispensáveis ao processo de cuidar (COREN-SP, 2007, p. 24-25).

Sendo as responsabilidades e deveres dos profissionais de enfermagem regulados em Leis e pelo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, cabe a este, realizar criteriosa análise sobre suas competências diante das circunstâncias relativas à profissão e assim, somente desempenhar funções ao qual esteja habilitado e seguro para desempenhá-la.

Concluimos, portanto, neste capítulo, que toda a atividade exercida pelo profissional da enfermagem esta regulada, nos dispositivos legais da profissão, e que compete a este profissional assegurar à pessoa, a família e a coletividade uma assistência livre de danos decorrentes da imperícia, negligência ou imprudência, pois serão apuradas as suas responsabilidades seja na esfera civil, penal e ética.

CAPÍTULO 2. DOS TIPOS DE RESPONSABILIDADE

Neste capítulo, faz-se necessário tecer em linhas gerais algumas considerações introdutórias sobre a responsabilidade civil, o ato ilícito, o conceito de direito, bem como a diferenciação entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, responsabilidade civil e penal.

2.1 - Responsabilidade Civil

Como conceitua RÁO (1991, p.55) o direito como um sistema de normas: É o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.

O homem é um ser eminentemente social, não vive isolado, mas em grupos. É proveniente desta convivência em grupo, que se impõe certa ordem, determinada por regras de conduta. Essa relação pressupõe a existência de restrições, que limitam a atividade dos indivíduos componentes de diversos grupos sociais. O direito tem por finalidade determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade (GONÇALVES, 2009, p. 1).

No convívio em agrupamento social, sempre estará presente o fenômeno jurídico, regido pela observância de condições para a vida em sociedade, regras de conduta pautada na atuação do indivíduo e nas suas relações com os outros indivíduos (PEREIRA, 2002, p. 3-4).

Conforme conceitua Venosa (2009, p.1), em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar.

Leciona este, ainda no sentido de que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”.

É perfeitamente natural e cabível que isso ocorra, haja vista, os vários erros que vem sendo destaque na mídia, sobre a atuação do profissional de enfermagem em relação ao paciente, tais como: administração de medicação em via errada, aplicação de alimento na veia, aplicação de leite, vaselina, glicerina, administração de ácido ao invés de sedativo em criança, administração de insulina no lugar de vacina contra hepatite, processos estes que

resultaram em sequelas e/ou óbito no caso de alguns pacientes, estas foram algumas notícias que tiveram destaques na mídia nos últimos anos (NASCIMENTO, 2014).

“A responsabilidade civil vem definida como obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (SAVATIER, 1939).

O estudo da responsabilidade civil contempla um conjunto de princípios e normas que regulam obrigações e buscam restaurar o equilíbrio do dano causado seja ele moral ou patrimonial.

O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, se inspira nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo foi causado intencionalmente (RODRIGUES, 2002, p. 4).

Tome-se como exemplo, o profissional da enfermagem que por ligeira distração deixa o paciente que esta sob os seus cuidados, cair e fraturar um membro, este pode ser obrigado a reparar os danos causados, o que poderá consistir em eventual indenização, por danos morais, ou ainda sobrevir lucros cessantes (lucro cessante ou lucros frustrados artigo 402 do Código Civil: é o que a vítima deixou de auferir razoavelmente (certamente), deixou de ganhar), pelos dias que o paciente estaria trabalhando, caso o fato não tivesse ocorrido o fato.

Partindo deste pressuposto, abaixo podemos observar jurisprudência que impõe a responsabilização do agente por fato que não dependem de prova do prejuízo, de comprovação de determinado abalo sofrido pela vítima, o dano é presumido, decorrente do nexo de causalidade e culpa.

A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*danum in reipsa*). Verificado o evento danoso, surge à necessidade da reparação, não havendo que se cogitada prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa) (STJ, 4ª Turma, Resp 23.575-DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 09.06.97, DJU01.09.97, p. 40.838). (BRASIL, 1997)

Ao tratarmos da responsabilidade civil, dos fatos, atos e negócios jurídicos, referimos que os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mais contrários ao ordenamento jurídico. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil (VENOSA, 2009, p.22).

Segundo Diniz (2005, p. 29) a responsabilidade civil é “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato

por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal”.

A reparação de dano, nos termos da responsabilidade civil, mencionada por Diniz (2005, p. 29), no que diz reparar danos “por ato por ela mesmo praticado”, pode-se mencionar os atos praticados pelo profissional enfermeiro, ou por pessoa por quem responda, como por exemplo, o técnico e auxiliar de enfermagem que esta sob a direção do enfermeiro, e este segundo responde pelos atos destes de forma direta, indireta ou subsidiariamente.

2.2- Do Ato Ilícito

Os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento jurídico. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, segundo Venosa (2009, p. 22 -23).

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude, um comportamento que transgride um dever. O mesmo autor ainda menciona que, a responsabilidade subjetiva, é o centro de exame do ato ilícito, o dever de indenizar repousa na transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Já na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa, o dever de indenizar, esta na imputabilidade da conduta do agente.

Conforme Diniz (1999, p. 38-39) o ato ilícito é aquele praticado culposamente em desacordo com as normas jurídicas, e que viola do direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo da atividade culposa do agente.

No entendimento de Lopes (1962, p. 188-189) a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.

Para Gonçalves (2009, p.453), o ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no artigo 186 do Código Civil Brasileiro e também comete ato ilícito, aquele que pratica abuso de direito conforme artigo 927 do mesmo código.

E ainda, o ato ilícito é fonte de obrigação a indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem. No entanto nenhuma indenização será

devida, uma vez que não se tenha verificado o prejuízo, a obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.

Maria Helena Diniz (2004, p. 39) entende que:

(...) o ato ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexiste e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para sua caracterização, é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm do seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso. (...) dever-se-á, então, verificar se o agente é imputável, para efeitos de responsabilidade civil e se, em face da situação, podia ou devia ter agido de outra maneira.

A conduta ilícita implica no dever de indenizar, apesar da legítima defesa, e do exercício regular de um direito ou do estado de necessidade não serem atos ilícitos, não afastam a responsabilidade daquele que causar dano, o ressarcimento civil dos prejuízos causados a terceiro, esta sob o manto do direito que guarda responsabilidade contra aquele que deu causa ao dano, sendo este passível de indenização (MASSON, 2009, p. 396).

2.3- Da Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas formas diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa, e responsabilidade objetiva quando estada na teoria do risco (RODRIGUES, 2002, p.11).

Deste modo, a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar, a responsabilidade é subjetiva, pois depende do comportamento do agente, ato ou omissão (RODRIGUES, 2002. p. 11).

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2007, p.16).

Tem culpa o profissional enfermeiro, que deveria no horário determinado ministrar medicação no paciente e não o faz, resultando assim na morte do paciente, ou ser omissor

quando paciente relata mialgia e este não toma as devidas providências, contactar médico para avaliação e prescrição de medicação.

A teoria subjetiva esta baseada, na Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui Código Civil, o artigo 186, erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para obrigação de reparar o dano:

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

Também nos termos do caput do artigo 927 do Código Civil “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, sendo patente aqui a configuração da responsabilidade subjetiva como regra, para responsabilização do agente, em regra, deve ser comprovada a ocorrência do dano e verificado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o evento danoso.

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano, é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha agido ou não culposamente (RODRIGUES, 2002. p. 11).

A teoria do risco é de responsabilidade objetiva, segundo esta teoria, aquele que, através de sua atitude, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atitude e seu comportamento sejam isentos de culpa (RODRIGUES, 2002, p. 11).

O profissional enfermeiro ou profissional a este subordinado técnico de enfermagem e auxiliar de enfermagem, ao ter em ala clinica paciente idoso com dificuldades para deambulação, dificuldades para a própria higienização, deixa-lo ir à toailete sozinho, incorre no que prevê a teoria do risco, é sabido que diante da clinica do paciente mencionado, este não tem condições de ficar sozinho em tal situação, importando em risco para sua integridade física, portanto requer acompanhamento, e todo resultado deste risco será de responsabilidade do profissional da enfermagem que deveria prever os fatos e causas que vier ocorrer pelas circunstâncias inerentes a este.

O Estatuto do Idoso previsto na Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, põe a salvo esta situação, que é também uma garantia ao profissional de enfermagem que pode contar com auxílio de um acompanhante que estará com o paciente e facilitando este processo do cuidado, conforme Artigo 16 e parágrafo único.

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

Nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, configurando desta forma a responsabilidade objetiva.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade, esta teoria é também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, em não havendo culpa, não há responsabilidade. A prova da culpa passa a ser pressuposto necessário ao dano indenizável. A responsabilidade do causador só se configura se agir com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2009, p.30).

No entanto, a Lei em determinadas situações impõe a reparação de um dano cometido sem culpa, quando isso ocorre diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, “esta teoria postula que todo dano é indenizável” (GONÇALVES, 2009, p.30).

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova da culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Quando é presumida, o autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.

Assim, se o enfermeiro responsável por determinado paciente que está sob seus cuidados, tendo este segundo tentado se locomover e durante este processo vir a sofrer trauma decorrente de instabilidade de equilíbrio, a culpa do profissional da enfermagem é presumida, pois cabia a este a guarda e proteção do paciente, é necessário que o autor da ação prove a ação ou omissão e o dano resultante da conduta deste profissional.

A responsabilidade objetiva tem sua justificativa na teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro, seja no cuidado, no acompanhamento, no tratamento, no zelo, na guarda de pessoa sob sua responsabilidade.

As ocorrências adversas, da prática dos profissionais de saúde continuam presentes no cotidiano laboral, apesar dos grandes avanços tecnológicos em todas as áreas da saúde. Atualmente, esta temática vem sendo discutida em diversas publicações, dada a grande

importância que este conteúdo representa para o sistema de saúde, pacientes, familiares, profissionais e sociedade como um todo (TEIXEIRA, 2010,139-146).

Quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de trabalho, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade de quem dele tira proveito, haja ou não culpa (REALE, 1978. p.176-177).

2.4- Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

O instituto de responsabilidade civil, exprimi no campo do direito a ideia de obrigação, um encargo, uma contraprestação, um dever de reparar o prejuízo em virtude da violação de outro dever jurídico. Para sua configuração há três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos (DIAS, 1997, p. 124).

“Toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”. A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse jurídico, em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não. A lei busca reconstituir o ordenamento jurídico violado (DIAS, 1973, p.7).

A responsabilidade civil resulta da conduta humana, praticada com infração a um dever e da qual resulta dano para outrem. Esse dever pode ser contratual (se originado de um contrato) ou legal (se decorre da lei).

A responsabilidade contratual e extracontratual discorre sobre o fato de que se uma pessoa causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual acarreta uma responsabilidade de indenizar as perdas e danos, previsto nos termos do Art. 389 do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de um contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no Art. 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana (GONÇALVES, 2009, p. 456).

Art. 389. Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

Pelo descumprimento de uma obrigação, por exemplo, podemos citar que uma Instituição Hospitalar ao receber um paciente celebra com este um contrato, chamado contrato de adesão, esta Instituição assume uma obrigação de tratar deste paciente, de forma a reestabelecer a sua saúde, ocorre que durante este processo, um funcionário desta Instituição

administra equivocadamente uma medicação no paciente, vindo este a falecer, o fato decorre de uma relação contratual, e amparado pelo ordenamento jurídico, àquele que causar prejuízo a outrem, fica obrigado a repará-lo, ocorre aqui à obrigação de indenizar, perdas e danos.

No caso em comento, a indenização é fixada pelo descumprimento de uma obrigação firmada pelas partes que celebraram um contrato, tem-se por objetivo compensar a perda, o sofrimento dos familiares que perderam em razão de ato ilícito um ente querido, gerando assim grande tristeza a aqueles familiares. Sob outra ótica, é ato de repressão para que não se torne prática estes tipos erros, e ainda, com o inadimplemento de uma obrigação, surge à obrigação de reparar o prejuízo consequente da inexecução da obrigação assumida pela Instituição.

Embora a consequência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma (obrigação de ressarcir o prejuízo causado), o Código Civil Brasileiro, distingue as duas espécies de responsabilidades, acolhendo a teoria dualista e disciplinando a extracontratual nos artigos 186 e 187, sob o título de “Dos atos ilícitos”, complementando a regulação nos artigos 927 e 932 inciso III e seguintes, e a relação contratual, como consequência da inexecução das obrigações, nos artigos 389, 395 (GONÇALVES, 2009, p.456).

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

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

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

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

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

Alguns Doutrinadores entendem que a responsabilidade contratual e a extracontratual são de igual natureza, visto que vários pressupostos são comuns, como a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo contratante (RODRIGUES, 2002, p. 8).

Com efeito, ainda segundo o autor, trás como exemplo: alguém atropela um homem que, no desastre, perde um braço. O agente causador desse dano fica obrigado a repará-lo, e sua responsabilidade é extracontratual. A indenização

consistirá no pagamento do correspondente às despesas de tratamento da vítima, lucros cessantes até o fim da convalescença (CC, art.949), e ainda no dever de fornecer uma pensão correspondente à diminuição de sua capacidade laborativa. Note-se que essa indenização não é a devolução do braço perdido; apenas substitui por cifra em dinheiro, aquilo que aproximadamente se calcula tenha sido o prejuízo da vítima do ato ilícito (RODRIGUES, 2002, p. 9).

A relação contratual existente entre as partes, ao nos referimos à questão hospitalar, aquele que se compromete a prestar assistência hospitalar por meio de seus profissionais que integram seus quadros e indica-os, é responsável pelos serviços que este presta, em Ementa abaixo relacionada à responsabilidade contratual entre o Hospital e a incolumidade do paciente.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - INFECÇÃO HOSPITALAR - TRATAMENTO CIRÚRGICO REALIZADO NO ESTABELECIMENTO DA APELANTE - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ART. 14, CAPUT, E § 3º, INCISOS I E II, DO CDC - NEXO DE CAUSALIDADE JUSTIFICADOR DA RESPONSABILIZAÇÃO - COMPROVAÇÃO - LAUDO TÉCNICO PERICIAL - CULPA NÃO ILIDIDA - DANOS MORAL E ESTÉTICO - LUCROS CESSANTES - VERBAS DEVIDAS - RECURSO IMPROVIDO.

EMENTA: embargos de declaração omissão - efeito modificativo ou infringente-infecção **hospitalar** -

responsabilidade contratual do hospital relativamente à

incolumidade do paciente - responsabilidade que somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado imputável ao ofendido e comprovado nos autos do processo de maneira inofismável - Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material - embargos declaratórios rejeitados. 1. Quem se compromete a prestar assistência médica **hospitalar** por meio de profissionais que integram seus quadros e indica-os, é responsável pelos serviços que estes prestam. 2. Tratando – se da denominada infecção **hospitalar**, há **responsabilidade contratual do hospital**

relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de "caso fortuito", uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas a atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. 3. **Responsabilidade** que somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado imputável ao ofendido e comprovado nos autos do processo de maneira inofismável. 4. As indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado. 5. Não se altera o "quantum" fixado para indenização por danos morais quando não demonstrado o enriquecimento sem causa da parte beneficiária. 6. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o “decisum” no que pertence ao mérito da questão, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previsto no artigo 535 CPC 7.

Embargos de declaração rejeitados. TJ-ES - Embargos de Declaração Ap Cível ED 14039003158 (TJ-ES)Data de publicação: 15/12/2004Relator: CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL. COLATINA - 3ª VARA CÍVEL. (BRASIL, 2004)

Quanto ao ônus da prova, em relação à responsabilidade contratual e extracontratual cabe mencionar que na primeira, o inadimplemento presume-se culposos, cabe ao causador do dano provar à ausência da culpa, a hipótese de caso fortuito ou força maior ou ainda qualquer outro fator excludente de sua responsabilidade, logo, na segunda, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano. Em relação à diferenciação das responsabilidades, a Contratual tem origem na convenção, enquanto a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar a outrem (GONÇALVES, 2006, p.452).

Conforme Gonçalves (2006, p.452) quanto à capacidade que sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo extracontratual. Com efeito, os atos ilícitos podem ser perpetrados por amentais e por menores e podem gerar o dano indenizável, ao passo que somente as pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas.

2.5- Da Responsabilidade Civil e Penal

Como formas introdutórias pode - se dizer que à responsabilidade civil e penal, são institutos que se diferenciam quanto ao efeito de punição ou da reparação do dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Assim, conforme RUI STOCO, nos conceitua este instituto, em suas palavras mencionando que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p.114).

A origem da responsabilidade visa à reparação do dano injustamente causado a outrem, sendo este próprio da natureza humana, não esta calcado em vingança, ou formas de aplicar medidas coercitivas sem razão de ser, tem-se por razão reestabelecer o *status quo ante* na medida do possível do particular agredido.

Podemos tomar como exemplo caso ocorrido, onde paciente diabético, hipertenso e com deficiência renal crônica, foi preparado para amputar a perna esquerda, mas ficou sem as

duas, como fazer neste caso para reestabelecer o *statu quo ante*? Esta é a imagem que temos de certos profissionais que atuam com falta de comprometimento, responsabilidade, indiferença, e que certamente devem sim ser responsabilizadas pelos seus atos de forma penal e civilmente.

Diabético, hipertenso e com deficiência renal crônica, Antônio César dos Santos Victorio, de 54 anos, morador de Austin, em Nova Iguaçu, está há dois meses internado no Hospital Universitário Pedro Ernesto, da Uerj. Há duas semanas, os médicos comunicaram à família que precisariam amputar a perna esquerda do paciente, em função de uma ferida que não cicatrizava no calcanhar. Ontem, às 13h, após a cirurgia, ao receber o pai na enfermaria, Quezia Pereira Victorio, de 21 anos, entrou em desespero. Os médicos haviam amputado a perna direita, acima do tornozelo.

— A médica chegou dizendo que a operação havia sido um sucesso. Mas quando olhei, fiquei sem chão. Tinham amputado a perna errada. O ortopedista veio e disse para mim que haviam passado para ele que era a perna direita, que era o que constava nos exames de risco cirúrgico — conta Quezia. — O médico nos pediu muitas desculpas e disse que assumiria o erro. Em seguida, levaram Antônio César novamente para o centro cirúrgico para amputar a perna esquerda. A segunda operação teve início às 16h, de acordo com a mulher do paciente, Luzinete Soares Reis Victorio, de 53 nos. Cerca de três horas e meia depois, ele foi levado para a UTI da unidade de Vila Isabel (JUNQUEIRA, 2013).

Descreve Dias (2009, p.8) conforme abaixo, que em sendo desfeito o desequilíbrio experimentado, a vítima volta à situação anterior, neste caso, é possível que o Sr. Antônio César dos Santos Victorio, volte a situação anterior? Sem sombra de dúvida a resposta é não. As responsabilidades neste caso devem ser apuradas, mais não deve deixar cair no acaso, ou ser mais um caso como tantos outros é necessário, que apuradas as responsabilidades, aquele que lesou, que errou deve arcar com reparação, indenização, ainda que o valor apurado não traga o membro inferior do paciente de volta, mais é uma forma de penalização para que novos erros não aconteça, e outros pacientes não venha passar pelo mesmo sofrimento.

Neste sentido, Dias, nos aponta:

Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social é que se distingue: a sociedade toma conta daquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo ante* anterior à ofensa (...) isto porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado (DIAS, 2009, p.8).

É este tipo de situação em comento que deixa a sociedade horrorizada, indignada, perplexa, com medo, com insegurança, a falta de respeito, de comprometimento, falta de trabalho em equipe, causa este tipo de erro, insanável, há uma urgência em repensar certos conceitos, advindos de nosso sistema de saúde que se encontra precário, frente às

necessidades de seus usuários, lideranças políticas, econômicas, precisam se conscientizar que a sociedade mudou, as necessidades aumentaram à medida que esta cresceu, políticas de saúde devem ser implantadas para melhorar a atenção à saúde.

O trabalho na conscientização da sociedade, dos profissionais da saúde, sobre a necessidade de transformações no sistema de saúde, demanda significativa importância e compreensão do paciente, que é o receptor de cuidados, que é o consumidor do serviço de saúde, que hoje utiliza de seus direitos para reivindicar melhorias no seu atendimento e reestabelecimento da saúde que se encontra em desequilíbrio.

Deste modo, vários são os aspectos relacionados à responsabilidade civil e penal, à questão repressiva ou preventiva, as condições em que surgem os institutos são diferentes, porque uma é mais exigente que o outro, quanto aos requisitos que devem coincidir para se efetivar o dano.

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação, segundo Gonçalves (2009, p. 24).

Ocorre ainda, que se o agente transgredir a lei penal, e ao mesmo tempo civil, este responderá civilmente e penalmente perante o lesado e a sociedade, visto que o fato danoso se revestiu de características que justificam o acionamento do mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõem a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal (LYRA, 1977, p.34).

Distinguem-se, ainda a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, sendo esta pessoal, intransferível, responde o réu com a privação de sua liberdade, ao Estado incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova. Já na esfera civil a regra é a *actori incumbit pro batio*, aplicada à generalidade do caso, não é tão rigorosa quanto na penal Gonçalves (2003, p. 19-20).

Na responsabilidade civil não é o réu, mas a vítima que, tem que enfrentar o próprio Estado, para obter o ressarcimento do dano (GONÇALVES, 2009, p. 25).

A tendência, atualmente no nosso ordenamento jurídico é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, sem reparação, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial, no entendimento de Carlos Alberto Bittar, este menciona que as consequências advindas de ação violadora devem ser responsabilizadas.

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os

prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado (BITTAR, 1994, p. 561).

O entendimento da responsabilidade civil e penal também encontra amparo nos ditames de Venosa (2009, p. 18-20), que coaduna com o entendimento dos demais, podendo a ilicitude ser civil ou penal, no entanto como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, a princípio a responsabilidade ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no civil, quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos artigos 91, I Código Penal e artigo 63 do Código de Processo Penal. A jurisdição penal e civil em nosso país é independente, não há reflexos no juízo civil, isto porque não se pode discutir no civil a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada.

Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Não compartilha deste mesmo entendimento Cavalieri Filho (2007, p.14), que diz que não há entre responsabilidade civil e responsabilidade penal independência, pois estas atendem critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados a medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Ambos como já foi dito, importam violação de um dever jurídico, infração de lei.

O círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo, o ilícito civil nem sempre configura uma conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto, a ideia de transgressão de uma dever jurídico esta presente em ambas as responsabilidades.

O tema relacionado à questão das responsabilidades é de suma importância nos tempos atuais, pois se reveste do objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, sendo este amparado pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, de forma a reestabelecer o estado *aquo* do indivíduo que teve seu direito lesado. Toda atividade realizada pelo homem, os atos por este praticado, faz surgir em nosso direito à responsabilidade, decorrente de sua conduta.

No próximo capítulo estaremos abordando as questões relacionadas ao dolo, formas de culpa e sua gradação, assim poderemos ter um entendimento mais amplo das condutas,

objetivando as suas responsabilidades e reparação dos danos causados a pacientes que se encontram sob cuidados do profissional enfermeiro.

CAPITULO 3. ELEMENTOS DO FATO LESIVO

Neste capítulo abordaremos os aspectos relacionados ao dolo, artifício empregado para prejudicar outrem e obter vantagem, trataremos do ato ilícito que decorre da culpa, em regra geral, que esta baseada na conduta do agente, que prevendo poderia ter agido de forma diferente, para evitar o evento danoso. Trataremos ainda, sobre a modalidade culpa prevista no ordenamento jurídico.

3.1- Elementos do Fato Lesivo

3.1.1- Dolo

O conceito trazido pela Doutrina esta relacionado ao artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveitar ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em manobras a fim de conseguir vantagens que lhe traga proveito, conforme Gonçalves (2009, p.377).

Ainda segundo o mesmo autor, o dolo difere do erro porque este é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque. No direito penal, diz-se doloso o crime quando o agente quis o resultado e assumiu o risco de produzi-lo (Artigo 18, I, Código Penal), já o dolo civil, é todo artifício empregado para enganar alguém.

O dolo na forma simples de definição é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito (DINIZ, 1999, p. 40).

A conduta reprovável compreende duas projeções, o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo. A culpa uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso ou inócua, quando passa do plano moral para execução material, onde esta se apresenta sob a forma de ato ilícito (DIAS, 1997, p. 108).

Se o dano foi causado voluntariamente, há dolo. Este se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso (RODRIGUES, 2002, p. 147). Aqui o agente quer o resultado danoso, pratica a conduta com a real intenção de causar dano a outrem.

Neste sentido, podemos mencionar procedimentos de administração dieta enteral, em paciente impossibilitado de ingerir alimentos por sua própria vontade, é o caso do profissional

de enfermagem, que mesmo sabendo que a administração desta dieta realizada de forma rápida, pode gerar desconforto abdominal, bem como, cólica e diarreia, e sabendo destes prejuízos que pode causar ao paciente, mesmo assim administra de forma rápida a dieta, muitas vezes pelo grande número de pacientes que esta sob seus cuidados, ou até mesmo pela impaciência de regular no equipo o controle de fluxo e dosagem.

O artigo 186 do Código Civil cogita o dolo logo no início “ação ou omissão voluntária”, passando em seguida, a referir-se à culpa “negligência e imprudência”. O dolo segundo Gonçalves (2009, p. 35), consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo é, portanto a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

Embora seja lei especial, aplicável apenas às relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê, no artigo 14, indenização independente de culpa. No âmbito da responsabilidade contratual o direito à reparação independe do elemento culpa.

É o que podemos observar no artigo 14 do Código de Direito do Consumidor:

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

Neste contexto, podemos dizer que a Instituição na qual se vincula o profissional de enfermagem, responderá pelos atos práticos por este segundo, uma vez que o fornecedor de serviço é responsável pela reparação civil na qual der causa o seu preposto em razão do exercício profissional.

É importante destacarmos aqui, o conceito da pessoa tida como preposto, conforme Gonçalves (2014 p. 127) “preposto é aquele que esta sob a vinculação de um contrato de preposição, isto é, um contrato em virtude do qual certas pessoas exerce sob suas ordens e instruções e que têm o dever de fiscalizá-la e vigiá-la, para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar dano a terceiros.”

Assim, dispõe o Artigo 932, III do Código Civil Brasileiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Podemos ainda, citar entendimento jurisprudencial neste sentido conforme abaixo:

Súmula 341 do STF – É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Para a caracterização da responsabilidade do empregador por ato do preposto, são necessários três requisitos, cuja prova incumbe ao lesado, segundo Gonçalves (2014 p. 127).

- a) Qualidade de empregado, serviçal ou preposto, do causador do dano (prova de que o dano foi causado pelo preposto);
- b) Conduta culposa (dolo ou culpa stricto sensu) do preposto;
- c) Que o ato lesivo tenha sido praticado no exercício da função que lhe competia, ou em razão dela.

Importante aqui é o vínculo hierárquico da subordinação, conforme requisitos definidos por Gonçalves.

A luz da questão que estabelece o vínculo entre proponente e o preposto aduz, SILVA:

Foi à função que possibilitou ao preposto à prática, colateral, do ato danoso, uma estreita relação de causa e efeito ter-se-ia estabelecido, aí, entre a função e o dano ocasionado a terceiro. Se na ausência da função, oportunidade não haveria para que o dano acontecesse, segue-se disso que a ela estaria ele ligado de maneira necessária. E quem responde pelo principal deve responder ainda pelo que lhe é conexo (SILVA, 1962, p. 294-295).

O que se depreende dos respectivos textos legais, com efeito, a simples relação jurídica entre o proponente e o preposto é o bastante para que este primeiro também seja civilmente responsabilizado por atos praticados pelo preposto, sendo desnecessário que entre eles exista vínculo empregatício. Ao revés, basta a existência de uma relação jurídica, sendo essencial, ainda, que o ato danoso seja praticado em virtude desta relação, ou seja, o Hospital, a clínica, responde legalmente pelos atos práticos pelo médico, pelo enfermeiro, pelo instrumentador, ainda que estes não façam parte do quadro efetivo, e estejam apenas utilizando a estrutura do hospital numa relação jurídica de prestador de serviços.

Entendimento neste sentido pode ser observado através do julgamento abaixo:

EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INJEÇÃO DE MEDICAMENTO - ERRO QUANTO AO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ENFERMEIRO - REFORMA DA SENTENÇA PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE DO MÉDICO - CONDENAÇÃO EXCLUSIVA DO HOSPITAL - EMBARGOS IMPROVIDOS. À luz da Lei n. 7.498/86, regulamentada pelo Decreto n. 94.406/87, compete ao enfermeiro a aplicação de injeção com medicamento, presumindo-se que tenha ele conhecimento técnico acerca do procedimento a ser adotado, sendo desnecessária a supervisão médica. Assim, restando demonstrado que o dano decorreu de erro na aplicação do medicamento, a qual foi realizada por enfermeiro, é dele e do hospital que o mantém no quadro de funcionários a responsabilidade pelo evento danoso, estando o médico isento de qualquer dever indenizatório.(TJ-SC - EI: 136056 SC 2004.013605-6, Relator: Salete Silva Somariva, Data de Julgamento:

25/11/2004, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Data de Publicação: Embargos infringentes n., de Itajaí.).

Convém não olvidar que a responsabilidade do enfermeiro poderá acarretar a do seu empregador, pois comumente ele é empregado do hospital, do médico ou da organização médica. Ter-se-á, então, responsabilidade por fato de terceiro, que não prescindirá, entretanto, de comprovação da culpabilidade do enfermeiro para fins de ação regressiva (DINIZ, 2014 p.357).

A responsabilidade entre o empregador e o empregado é solidária. Partindo desta responsabilidade solidária entre patrão e o empregado que diretamente causou o dano, fica a vítima com a possibilidade de pleitear a indenização a ela devida, tanto de um, como de outro e, certamente, proporá ação competente contra o amo, uma vez que este, ordinariamente, ostenta condições melhores de solvabilidade do que seu serviçal (RODRIGUES, 2002, p. 15).

O dolo conforme alguns Doutrinadores definem, pode ser classificado como: Dolo positivo ou comissivo e dolo negativo ou omissivo — o procedimento doloso pode revelar-se em manobras ou ações maliciosas e em comportamentos omissivos. Daí a classificação em dolo comissivo (positivo) e omissivo (negativo), este último também denominado omissão dolosa ou, ainda, reticência. Verifica-se, assim, que o legislador equiparou a omissão dolosa à ação dolosa, exigindo que aquela seja de tal importância que, sem ela, o ato não se teria realizado (GONÇALVES, 2011, p. 316-317).

A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se (DINIZ, 1999, p.37-38).

Para Miranda (1971, p.382) dolo como elemento fático é a direção da vontade para contrariar a direito. No suporte fático, está o ato, positivo ou negativo, a contrariedade a direito, e a direção da vontade que liga aquele a essa. “Não só o agente atua e contraria direito: quer que o ato contrarie a direito; ou quer contrariar a direito, e atua para isso. Não é preciso que o agente queira as consequências do ato, ainda que sejam próprias desse. Nem que as preveja. Basta querer o ato contrário a direito”.

3.1.2- Culpa

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que, o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da

conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante as circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente, em não fazendo assumi, portanto, o risco da culpa por fato lesivo causado a outrem (DINIZ, 1999, p.38).

A culpa é, em regra, elemento da responsabilidade, assim na esfera extracontratual, como na contratual (ALVIM, 1972, p. 262).

A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica (CAVALIERI FILHO, 2007. p. 29).

Para Rodrigues (2002, p.145), o ato danoso deve ser imputado ao seu autor, assim, mister se faz não só que haja ele violado uma regra de conduta, mas que, agindo dentro de seu livre arbítrio, tenha o agente tido a possibilidade de prever, de agir diferentemente, impedindo, se lhe aprouvesse, o evento danoso.

O erro na conduta do agente pode ocorrer de forma intencional, de forma irregular, ou de forma acidental, basta que sua ação seja desprovida de conhecimentos técnicos e teórico-práticos que delimitam a sua atuação e ocasionam danos à saúde e bem estar do paciente que esta sob seus cuidados.

O profissional da saúde tem a sua atuação pautada em conhecimentos específicos especializados, determinantes de uma assistência sistematizada, que possa proporcionar segurança ao paciente assistido, respeitando assim a dignidade e direitos humanos em todas as suas dimensões.

No entanto, a prática de enfermagem compreende a análise de eventos e circunstâncias relacionadas, principalmente o erro humano durante a assistência que podem causar sequelas severas ao paciente, não devem ser entendidas e aceitas simplesmente pelo fato de refletirem uma característica intrínseca do ser humano errar, pois, o resultado danoso muitas vezes não é passível de reparação. Administrar uma medicação errada em paciente, e que leve este ao óbito, ainda que cogite a indenização, o sofrimento, a perda, não é passível de reparação.

Neste sentido ainda podemos citar, o profissional de enfermagem que sabendo que sua conduta, que o procedimento a ser realizado poderia causar dano ao paciente, mesmo assim o faz, é o que depreende a notícia abaixo:

Em: 31/01/2011, as 07:31 horas. (Enfermeira decepa dedo de menina de 01 ano). Um menina de 1 ano teve o dedo decepado na manhã de ontem por

uma enfermeira do Hospital Estadual de Mandaqui, na zona norte da Capital. A criança estava internada no local desde sexta-feira, por causa de uma crise provocada por anemia falciforme. “Ela estava de alta, era só tirar o esparadrapo da mão dela. Não havia necessidade de usar tesoura. Mas, em vez de tirar o curativo com cuidado, a enfermeira pegou a tesoura e cortou a metade do dedo de minha filha a sangue frio”, afirmou o pai David Jefferson Bahia Príncipe, de 21 anos.

De acordo com testemunhas, tratava-se de uma tesoura escolar, inadequada para uso médico. A enfermeira Maria de Fátima Custodio também não estaria usando luvas cirúrgicas.

Os médicos tentaram fazer uma cirurgia corretiva, mas tiveram de amputar a primeira falange do dedo da menina (onde fica a unha).

O caso comoveu outros pacientes e acompanhantes que estavam no hospital. "Ocorreu o início de um tumulto. Para preservar a integridade da enfermeira, nós a retiramos do local escoltada, pois o fato em si causou muita revolta nos demais usuários", disse o soldado Márcio Luiz Lima Oliveira, que controlou a situação com a ajuda do soldado Anderson Pereira. "Havia no mínimo 25 pessoas querendo agredi-la", calcula.

Maria de Fátima, enfermeira desde 1994, e o pai da criança foram encaminhados para o 9.º Distrito Policial, no Carandiru, onde fizeram um boletim de ocorrência.

A enfermeira prestou depoimento e foi liberada. Ela vai responder por lesão corporal culposa (sem intenção), crime que prevê pena de detenção de seis meses a um ano em regime fechado (BEZERRA, 2014).

Os protocolos de enfermagem para realização de procedimentos, visam à adequação das técnicas e a sua implementação no cuidado, no entanto, protocolo este que fora violado no caso em tela, pois, não é aceitável que uma profissional com mais de 17 anos trabalhando na área cometa este tipo de erro, causando mal irreparável a uma criança, decepando parte do dedo para a simples retirada de um esparadrapo.

Assim, em sentido amplo podemos dizer que a culpa é a inobservância de um dever de cuidado que o agente devia ter, conhecer e observar, para prática do cuidado, respeitando as técnicas e protocolos adequados para a assistência do paciente, não incorrendo em erros drásticos como no caso, que se tonou irreparável a reconstrução do dedo do paciente.

DIAS (1979, p. 136), leciona neste sentido ao caracterizar “a culpa é falta de diligência na observância de norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessários para observá-la, com resultado não objetivado, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”.

Age culposamente conforme Diniz (2014 p. 357), “se enfermeira ministrou medicamento e este vem produzir mal-estar à paciente e se, apesar disso não suspende, insistindo em dar o remédio, causando-lhe graves complicações, agiu culposamente, devendo ser por isso responsabilizada”.

Uma das maiores responsabilidades atribuídas ao profissional da saúde é o preparo e administração de medicamentos, qualquer erro nesta tarefa pode resultar em consequências fatais para o cliente. Por essa razão, é fundamental que os profissionais da área tenham conhecimento, comprometimento, respeito, responsabilidade e muita atenção durante o preparo e administração de medicamentos, qualquer falha neste processo, podem ser irreversíveis, os danos provocados (MURTA, 2008, p.27-30).

Neste sentido, a uma distinção entre dolo e culpa, em ambos há a conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante, enquanto que na culpa a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados (CAVALIERI FILHO, 2007. p. 30-31).

Cavaliere Filho (2007, p.30-321), menciona ainda que, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado.

Faz-se necessária a abordagem da classificação, gradação e formas de culpa, para que possamos ter um melhor entendimento das responsabilidades e atribuições diante da conduta do profissional de enfermagem, onde passaremos a abordar a temática no capítulo IV.

3.1.3- Dano

O dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser de forma individual, patrimonial ou extrapatrimonial. Apenas a lesão iníqua a um interesse, ou seja, um dano injusto que garante moderação e aplicação do princípio pelo qual ninguém é dado o direito de prejudicar outrem (GIANCOLI, 2012, p.217).

Para Cavaliere (2007, p. 70), o dano é sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano, podendo, portanto haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

No conceito trazido por Alvim (1972, p. 171), para a verificação cabal do dano, deve-se ter em vista o patrimônio daquele que sofreu, tal como estaria se não existisse o dano, levar-se em conta não só o desfalque, mais aquilo que não entrou ou não entrará em seu patrimônio em virtude de certo fato danoso.

Observamos assim, que o dano é pressuposto para responsabilidade civil, havendo, portanto direito de ser indenizado ou ressarcido aquele que tiver seu patrimônio lesado, bem como, a vida, a imagem, a saúde, decorrente de fato de terceiro.

Segundo Giancoli (2012, p. 218), são requisitos para o dano indenizável “a) violação de um interesse protegido; b) certeza; c) subsistência; d) imediatidade”. O primeiro requisitos se traduzem na diminuição ou destruição de um bem jurídico, já no segundo, a violação patrimonial ou extrapatrimonial, ninguém é obrigado a indenizar o dano abstrato ou hipotético, no terceiro o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, quarto, a imediatidade, significa que, como regra, se indeniza os danos diretos e imediatos.

3.2. Dano Material

O dano patrimonial ou também chamado como dano material, traduz um efeito economicamente apreciável dos bens do seu titular. O efeito produzido pode se projetar no presente, e também no futuro, podendo provocar a diminuição, redução e impedir o seu crescimento ou aumento (GIANCOLI, 2012, p. 219).

O dano patrimonial é aquele que se verifica pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão conforme (GIANCOLI, 2012, p. 219).

Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta de lesão de bens ou interesse patrimoniais, eles também estão ligados à violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra que pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71).

3.3. Dano Moral

Já o dano moral esta previsto em nosso ordenamento jurídico pátrio nos artigos 186, 187, 927 do Código Civil Brasileiro, que estabelecem a obrigatoriedade da reparação do dano ou prejuízo pela violação voluntária, ou pelas formas de culpa decorrentes da imprudência, negligência e imperícia. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos V e X, trata-se da violação do direito da dignidade da pessoa humana (ALVES, 2011, p. 270).

Os direitos previstos na Constituição Federal visam assegurar, ao cidadão o direito de ser indenizado, de forma proporcional ao agravo sofrido a imagem ou à moral, é o que prevê o art. 5º, incisos V e X abaixo:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O dano moral para o Direito Civil é aquele insusceptível de apreciação econômica, dano que provoca lesão aos direitos personalíssimos. Dano a direitos imateriais, extrapatrimoniais. No nosso ordenamento jurídico não se admite a indenização do dano exclusivamente moral, mas aceita indenizar os efeitos patrimoniais desse dano, embora não produza direta ou indiretamente, prejuízos, patrimoniais. Se, em consequência da dor sofrida, a vítima deixa de dar livre curso às atividades e vem a ter prejuízos estimáveis em dinheiro, trata-se de dano patrimonial indireto. O dano moral é objeto de reparação e o dano material de ressarcimento, satisfação do dano pode ser contratual ou extracontratual. (TORNAGHI; BRANCO, 1953. P.107-108).

O dano relacionado à integridade física deve ser reparado em consonância com o que se refere Maria Helena Diniz:

O dano à integridade corporal e à vida humana é direto e extrapatrimonial, mas pode provocar indiretamente uma lesão patrimonial, constitutiva de dano emergente e de lucro cessante. O corpo humano, ao lado do valor moral que representa, pode originar um valor econômico que deve ser indenizado. A integridade física é um bem suscetível de apreciação pecuniária, de modo que sua perda deverá ser reparada, levando-se em conta não só todas as manifestações, atuais e futuras da atividade que possam ser avaliadas, mas também as circunstâncias relativas àqueles que pleiteiam a indenização (DINIZ, 1999, p. 68).

Neste sentido, o enfermeiro que decorrente de uma ação, um procedimento realizado de forma incorreta, causar danos ao cliente e este dano resultar na incapacidade laborativa do cliente por determinado período, o tempo que o cliente necessitar para se recuperar é passível de indenização, tendo direito aos lucros cessantes, pois se este não tivesse sofrido a lesão estaria realizando seu trabalho e auferindo seus rendimentos, fato este que ficou prejudicado pela prática incorreta de um procedimento realizado pelo enfermeiro.

Diniz (2009, p.55) menciona ainda que, “na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível a equivalência”.

Conforme Alvim (1972, p. 225), o art. 49 do Direito das Obrigações, primeira alínea “aquele que sofrer dano em seus interesses pessoais, pode reclamar, em caso de culpa, perdas e danos e, além disso, uma soma de dinheiro, a título de reparação moral, desde que esta se justifique pela gravidade particular do prejuízo sofrido e das faltas”.

Polacco apud Alvim, (1972, p.170), “Dano é a efetiva diminuição do patrimônio, e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida”.

Para Cavalieri Filho (2007, p. 76) “dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material”. O dano moral como um conceito positivo seria a dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, enfim a dor na alma.

Assim, conforme depreende da nossa Constituição Federal no seu art. 1º, III, que visa assegurar, como direitos fundamentais de todo cidadão “a dignidade da pessoa humana”, direito este personalíssimo, que á base de todos os valores morais (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 76).

3.4- Outros Tipos de Dano

Algumas espécies de dano que podemos ainda citar encontram-se relacionados na obra de SOIBELMAN, (1986, p. 107-108, 775).

- Dano *Circa Rem*: dano direto, imediato.
- Dano Culposos: o provocado por negligência, imperícia ou imprudência, isto é, por culpa.
- Dano Doloso: Provocado deliberadamente, desejado, intencional. Objeto de ação dolo na esfera civil.
- Dano Emergente: no direito civil, perdas e danos.
- Dano Extracontratual: é o dano causado por culpa aquiliana ou por delito civil.
- Dano por Omissão: é o que decorre de omissão do agente.
- Danos Previstos: são os danos previstos pelas partes, decorrentes da inexecução da obrigação ou da moral.

- Dano Real: dano que efetivamente ocorreu. Dano das lesões corporais.
- Dano Ressarcível: dano indenizável.

3.5- Nexo de Causalidade

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. O nexo representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Assim, basta verificar que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência (DINIZ, 2014, p. 131).

A ideia do dano indenizável pressupõe um prévio equacionamento entre dois fatores: uma lesão de um bem jurídico e um agente imputável. O que depende ainda da verificação concreta de uma relação causal entre esses fatores (GIANCOLI, 2012, p. 223).

Para Cavalieri (2007, p. 45), na responsabilidade civil a primeira questão a ser enfrentada é o nexo de causalidade, ou seja, antes de decidirmos a questão se o agente agiu com culpa ou não, há que se apurar se ele deu causa ao resultado. “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

Segundo Rodrigues (2002, p.17), “para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade, entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima.

O nexo de causalidade é um elemento objetivo, consiste na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo o dano moral ou material (DINIZ, 2014, p.133).

Assim, o enfermeiro que em sua ação ou omissão vier a causar prejuízos à saúde do cliente, será responsabilizado pelo evento danoso, é sabido que o profissional enfermeiro não pode prescrever medicação, se o fizer e o medicamento causar reação adversa ou agravar o estado de saúde do cliente, este será responsabilizado pela sua conduta, visto que tal prescrição cabe ao médico e não ao enfermeiro. Neste mesmo sentido, incorre em responsabilidade o enfermeiro que verifica o estado crítico de saúde do cliente e sabendo que se não tomar uma atitude o cliente pode morrer, fica inerte a situação, e não busca auxílio, ficando omissa a situação.

É considerado como excludente da responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, no campo contratual a cláusula de não indenizar, é o que assegura Venosa (2009, p. 48). Ocorre aqui o rompimento do nexo causal, a culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar.

A relação de causalidade assim descrita por Gonçalves (2009, p. 36) “é uma relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, que esta expressa no art. 186 do Código Civil”, sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houver o dano mais a sua causa não esta relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Ao enfermeiro é acometida a responsabilidade da adequada prestação de cuidados de enfermagem, em especial, seguir as legislações pertinentes e atuar com zelo no desempenho de suas atividades, no entanto, este não pode ser responsabilizado por fato que não decorre de sua culpa, como por exemplo: foi prescrito ao cliente uma medicação para tal hora e ao dirigir-se para o leito onde o cliente esta, para administrar o medicamento este peremptoriamente se recusa a receber a medicação, e após isto e devido a o não recebimento da medicação ocorre evento morte, esta foi uma opção do cliente, pois este tem a liberdade de escolha, houve uma recusa esclarecida. Desta forma não se pode considerar a culpa do enfermeiro, no entanto é necessário que seja comunicado ao médico que realizou a prescrição, bem como a administração da Instituição e aos familiares.

3.6- Reparação do Dano e Consequência do Ato Ilícito

A melhor forma de reparação do dano ocorre quando é possível o retorno ao *status quo ante*, conforme Giancoli (2012, p. 240).

Ao analisar a frase acima, é possível dizer que a criança/cliente que foi notícia, conforme caso exemplificado anteriormente, tendo sido internada por causa de anemia falciforme ao receber alta, a enfermeira ao retirar o esparadrapo de dedo da criança com tesoura inadequada ao uso hospitalar o decepa, como voltar ao *status quo ante*?

O ato ilícito prescinde do elemento culpa conforme leciona CAVALIERI (2007, p. 8), onde não houver culpa, não há, portanto ato ilícito, o elemento básico da responsabilidade é o fato do agente, uma conduta, uma obrigação de reparar o dano causado decorrente de sua ação. Ocorre uma violação de um dever jurídico preexistente o que configura a ilicitude do

ato. É o que ocorreu no caso acima em comento, a enfermeira com sua ação praticou ato ilícito, tendo culpa no evento danoso que causou sequelas irreversíveis a cliente, e assim deve reparar os prejuízos experimentados pela vítima.

Ao existir a violação de um dever jurídico nasce para a vítima, um direito de ser indenizada, devido ao ato ilícito praticado contra esta. Se o enfermeiro com uma ação prejudica ainda mais a saúde de um enfermo, este será compelido a reparar o ato danoso, bem como aquele que tem sobre este enfermeiro a responsabilidade, no caso o seu empregador, é o que estabelece o artigo 932, III do Código Civil Brasileiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

A reparação civil do dano conforme acima, compete também ao empregador, na qualidade de responsável pelos seus prepostos (enfermeiro, técnico de enfermagem, auxiliar de enfermagem), independe de culpa de sua parte, trata-se de uma responsabilidade subjetiva.

Neste mesmo sentido, leciona Gonçalves (2009, p. 99), que em princípio a responsabilidade civil é individual, conforme o art. 942 do Código Civil, no entanto, para que se faça justiça é necessário desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa a qual esta esteja ligada, para que venha responder por fato ou coisa de outrem.

“A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz social”. A reparação seria uma forma de neutralizar os sentimentos negativos de magoa, dor, tristeza, angústia, um misto de relações positivas e negativas, o que possibilitaria ao ofendido, em certa medida atenuar o seu sofrimento pelo mau que lhe foi causado (DINIZ, 2014, p. 130).

Diniz (2014, p.130) ressalta que “o dinheiro seria tão somente um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos”.

Concluimos assim, neste capítulo, que a conduta do agente encontra-se tipificada, que da sua ação ou inação, podemos ter um resultado culposo ou doloso, e através do nexo de causalidade, temos os danos resultantes desta ação que pode ser material ou moral, sendo passíveis de reparação, indenização e ressarcimento como prevê o nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro.

CAPITULO 4. TIPOS DE CULPA, INFRAÇÕES E CASOS EMBLEMÁTICOS

Neste capítulo final, trataremos das formas de culpa, em especial sobre a forma *in vigilando*, onde iremos demonstrar a responsabilidade através de acórdão, jurisprudências, para que possamos melhor compreender a responsabilidade do enfermeiro e a obrigatoriedade da reparação dos prejuízos causados aos clientes, que esta sob a sua responsabilidade, verificaremos ainda, as infrações previstas pelo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem.

Assim, enquanto membros e componentes de uma sociedade, a todos instintivamente, cabem o cumprimento do ordenamento jurídico pátrio, todas as condutas devem ser pautadas, de forma a não causar lesão ao direito de outrem, para que possamos manter o equilíbrio das relações e viver em harmonia.

Os deveres de conduta surgem através do ordenamento jurídico, assim como, das práticas reiteradas e do código de ética que disciplinam várias profissões, inclusive a profissional enfermeiro, que tem o dever de ater-se na manutenção da qualidade do atendimento ao cliente, e proporcionar a este uma assistência de qualidade, livre de danos, pois o ato ilícito praticado por este, terá o infrator a obrigatoriedade de reparação, pois esta agindo contrário aos preceitos pautados nos regimentos legais que são princípios norteadores de sua conduta enquanto atuante na prestação do cuidado.

É importante destacarmos neste capítulo a importância da culpa e sua classificação, que passaremos a abordar.

4.1- Classificação da Culpa

A culpa é uma conduta que nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que desvia dos padrões socialmente adequados. A culpa é vista como um descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou seja, a omissão de diligência exigível (GIANCOLLI, 2012, p. 230).

A culpa a ser observada, é aquela decorrente da ação ou omissão praticada pelo enfermeiro, que levará a sua responsabilidade pelos atos praticados, ou por aqueles atos que deixou de praticar, tendo este o dever legal de fazê-lo, para manutenção e assistência na prestação do cuidado.

Trata-se da culpa subjetiva do agente, no caso o enfermeiro, pois esta prática uma atividade de meio na prestação do cuidado, o resultado final não cabe a este a responsabilização, pois não é possível assumir que o cliente irá se curar de determinada patologia, ao final do tratamento, no entanto, é possível agir dentro dos protocolos e praticar atos, para que esta assistência sistematizada seja desenvolvida da melhor forma possível, para o reestabelecimento da saúde do paciente.

4.2- Quanto a Gradação da Culpa

A Doutrina tradicional triparte classifica a culpa em três graus: grave, leve e levíssima segundo Venosa (2009 p. 26-27).

- a) **Culpa grave:** é a que se manifesta de forma grosseira e como tal, se aproxima do dolo. Também se fala aqui da culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso é previsível não ocorrerá.
- b) **Culpa leve:** é que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família, são situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta.
- c) **Culpa levíssima:** é a constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimentos especiais para o caso concreto, poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar.

Podemos observar que, não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo causado a vítima, não importa aqui a conduta culposa do agente, mais sim os prejuízos experimentados pela vítima.

Para Diniz (1999, p.41) a culpa será grave quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens. A culpa leve (CC, art. 1.267) ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias* e será levíssima (CC, art. 874 a 877), se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular (DINIZ, 1999, p.42).

4.3- Quanto a Imprudência, Negligência e Imperícia

Estabelece a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 em seu artigo 186 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Neste sentido, Doutrinadores fazem referência às formas de culpa por imprudência, negligência e imperícia, que podem ser conceituadas conforme abaixo:

a) Imprudência: Quando há falta de cuidado por conduta comissiva (ação).

A imprudência caracteriza-se por uma conduta afoita do agente, em razão da qual provoca danos à vítima. Alguém que, dirigindo com excesso de velocidade, provoca acidente e, em consequência, danos materiais ou morais, comete ato ilícito comissivo por imprudência (NADER, 2004, p.547).

O Autor leciona ainda, que não basta que a conduta do agente, comissiva ou omissiva, provoque dano a outrem para configuração do ilícito civil. Tal comportamento há de ter sido praticado por determinação, negligência ou imprudência, a qual compreende a imperícia. Embora do ponto de vista ético e criminal haja níveis de gravidade entre as formas dolosa e culposa, para a caracterização do ato ilícito elas não se distinguem. Na primeira modalidade o agente possui a consciência do fato e, mediante ação ou omissão, provoca dano à vítima.

Nos ditames de Venosa, (2009, p. 27), na imprudência o agente é intrépido, açodado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais, que pode causar com sua ação ou omissão.

Uma das características de erro de enfermagem, muitas vezes não é a sua intencionalidade, mais é importante ressaltar que condutas premeditadamente imprudentes, resultam em ações ou planos incorretos de determinados procedimentos que exigia conhecimento e prática profissional para sua execução.

A forma de agir perigosamente, com falta de moderação ou preocupação gera temeridade, coloca em risco o paciente, o profissional que sabendo que no Hospital não possui equipamentos adequados para determinados procedimentos, ainda assim o realiza. É o caso, por exemplo, de enfermeira obstetra que sabendo que o aspirador de líquido amniótico esta quebrado, ainda assim realiza o parto, colocando em risco recém-nascido.

Neste sentido observamos através de informações do Blog Enfermagem (2014), que também se caracteriza imprudência a atuação do médico em realizar duas anestésias simultâneas. Alguns médicos anestesistas correm o risco e atendem duas ou mais cirurgias ao mesmo tempo. A simples prática deste expediente já configura ilícito penal. O ilícito civil somente será possível havendo qualquer tipo de dano ao paciente. Ocorrerá à responsabilidade solidária, importa observar que o ilícito também é ético, merecendo representação junto a CRM e COFEN, e o médico cirurgião e o enfermeiro que aceita fazer uma cirurgia nesta situação também é responsável porque, da mesma forma, assumiu o risco juntamente com o médico anestesista.

Portanto, neste caso, pouco importa que o médico anestesista seja da equipe, a responsabilidade civil do cirurgião e do enfermeiro é solidária em razão de tratar-se de ilícito penal e não só contratual (BLOG ..., 2014).

São considerados imprudentes aqueles que, agem de forma e com atitudes sem usar a devida cautela, o fornecimento de material cirúrgico não esterilizado, desprezando o conhecimento do perigo em relação aos graus de infecção, falta de higienização das mãos antes de procedimento cirúrgico, ou até mesmo, realizar um procedimento cirúrgico sem possuir equipamentos para a monitorização adequada do cliente, estas condutas implicam em perigo a vida de outrem, a imprudência neste caso pode resultar em eventos danosos ao bem estar do cliente.

b) Negligência: Quando há falta de cuidado por conduta omissiva (omissão).

Age com negligência aquele que não toma os cuidados devidos para impedir que o dano se concretize. Conforme a doutrina anota, negligência é falta de diligência e a sua ocorrência é mais comum em ilícito omissivo (NADER, 2004, p. 547).

“A enfermeira que é responsável a ministrar um medicamento à determinada hora e, em lugar de atender ao paciente, permanece na sala de estar, conversando com colegas ou vendo televisão, causando, com a sua inércia, dano irreparável à saúde do paciente prática ato ilícito por negligência” (NADER, 2004, p. 547), sua conduta resulta em ato ilícito baseado nos prejuízos que poderá sofrer o paciente pelo não recebimento do medicamento na hora certa.

Na negligência conforme assevera Stoco apud Venosa (2009, p.27), o agente não age com a atenção devida em determinada conduta. “há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso”.

O julgamento de recurso no TJ-SP conforme abaixo, demonstra que o atuar da enfermagem deve estar pautado em conhecimentos técnicos, científicos e prático-profissional, não podendo este deliberadamente proceder de forma que melhor lhe aprouver, trata-se de cuidados com pessoas, gente, seres humanos dignos de respeito, cuidado, zelo, para que não ocorra o que aconteceu no caso tem tela, a forma negligente da profissional prejudicou a vida de uma criança, que teve lesão no nervo ciático, decorrente da aplicação de injeção, ocasionando neuropraxia do ramo fibular do nervo ciático (A neuropraxia caracteriza-se por ser um episódio de paralisia motora com pouca ou nenhuma disfunção da sensibilidade ou da função autonômica) Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Neuropraxia>.

O acometimento do paciente no caso é de forma permanente, tendo sofrido uma diminuição da coordenação motora do membro inferior direito, após anos dos fatos o paciente permanece com lesão e conseqüente dificuldade de deambulação.

Nos autos do respectivo julgado é relatado, que por vários anos o paciente fez tratamento de fisioterapia, passou por procedimento cirúrgico, e, no entanto não obteve êxito quanto ao reestabelecimento de sua saúde, ficando para o resto de sua vida com a marcha prejudicada.

Ainda, que a questão verse sobre a forma indenizatória dos prejuízos e danos experimentados pelo autor, nenhum valor pecuniário será suficiente para restaurar o “*in statu quo res erant ante*” (no estado que as coisas estavam antes), ou seja, o movimento do seu membro inferior direito não vai reestabelecer-se, e isso, lhe causará dificuldades durante a vida, seja para conseguir uma colocação no mercado de trabalho, seja para dirigir veículo automotor, para locomover-se e até o sentimento que certamente lhe aflige de vergonha, de no futuro ter um relacionamento e o próprio convívio em sociedade ficou afetado.

O referido caso tem seu referencial no julgamento abaixo:

INDENIZAÇÃO Responsabilidade civil. Danos materiais e morais Aplicação de injeção Lesão no nervo ciático. Dano à integridade física do autor, na época com 11 anos de idade. **Negligência da enfermeira** configurada. Dever de indenizar Culpa concorrente do pai do autor não ocorrência. Pensão vitalícia que é devida, mas reduzida a meio salário mínimo por mês danos morais. Fixação em R\$ 150.000,00 montante que não pode ser irrisório, e nem excessivo. Redução determinada Recursos, oficial e voluntário do réu, parcialmente providos JUROS DE MORA Fixação na r. sentença em 1% ao mês, do evento danoso. Pretensão à aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 Inadmissibilidade. A partir da vigência do Código Civil em 2003, os juros devidos em indenização decorrente de responsabilidade civil, mesmo em se tratando de ação contra a Fazenda Pública e autarquias, são aqueles previstos no artigo 406 do referido Código. Aplicabilidade da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência. Recurso parcialmente provido neste ponto HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS fixação em 15% do valor da

condenação pretensão à redução para 5% O arbitramento justo e equânime, em consonância com a orientação da Câmara, é de 10% do valor da condenação Recurso parcialmente provido neste ponto. (TJ-SP - REEX: 00505759620058260564 SP 0050575-96.2005.8.26.0564, Relator: Reinaldo Miluzzi. Data de Julgamento: 17/06/2013, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/06/2013). (BRASIL, 2005)

Ainda, que a questão nos demonstre a negligência da profissional de enfermagem, certo do erro o seu empregador (Hospital) responde ao que concerne a responsabilidade objetiva, pois os serviços relacionados ao estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que dizem respeito à internação, instalações, equipamentos, serviços auxiliares como os de enfermagem, exames, radiologias, etc.

Neste caso o Hospital atua como fornecedor de serviços, incidindo no “caput” do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Alguns casos de negligências mais conhecidos como: Procedimentos Técnicos inadequados para aplicação de (Injeção no nervo ciático); Deixar ou negligenciar o encaminhamento em casos de urgência e emergência, deixar de solicitar avaliação médica sempre que necessário; Erros grosseiros em pacientes já internado, agindo por omissão ou comissão; Aceitar administrar medicamento sem a devida prescrição médica; Aceitar prescrição de medicação por telefone, mesmo que o médico relate conhecer o quadro clínico.

c) Imperícia: Falta de habilidade ao exercer atividade técnica.

A imperícia é falta de aptidão técnica, é incapacidade de fazer. “Seria a hipótese do médico não especialista e que se aventurando a uma cirurgia plástica provoca deformações. Foi imprudente ao iniciar o ato cirúrgico e imperito ao praticá-lo” (NADER, 2004, p.547).

Para Diniz (1999, p.40) a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato, a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento, e a imprudência é precipitação ou ato de proceder sem cautela.

É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade Venosa (2009, p.27), caracteriza-se como imperito o profissional de enfermagem que administra droga errada e danosa ao paciente, por exemplo.

A falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato caracteriza-se imperícia bem como a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte (GONÇALVES, 2009, p. 299-300).

Por sua vez a imperícia conforme Cavalieri Filho (2007, p. 37), decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. O erro grosseiro na realização de um procedimento caracteriza imperícia do profissional. É o caso do profissional de enfermagem que na aplicação de uma injeção em cliente, lhe afeta o nervo, devido à falta de habilidade, falta de técnica e preparo.

A imperícia configura-se pela inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ausência de conhecimentos básicos e elementares para atuação do profissional, durante realização de procedimentos, assistência ao cliente, ao profissional de enfermagem compete ter o conhecimento específico para executar a ação, age de forma imperita aquele que causar dano à saúde do cliente ao invés de trabalhar no seu reestabelecimento.

As formas de imperícia são bem conhecidas na mídia, que frequentemente trás nos veículos de comunicação, informações que nos fazem entristecer pela falta de cautela, inobservância de normas, de técnicas, e aptidão que deveriam ser inerentes aos profissionais da saúde.

Em Nova Iguaçu, a provável imperícia de uma profissional de saúde pode ter causado a morte do bebê Richard Samuel Cândido Levenson, 9 meses. A morte do bebê foi na quinta-feira, na Clínica Prontonil, Nova Iguaçu. De acordo com a família, Richard entrou em coma e morreu após ter mangueira de oxigênio conectada à agulha de soro que estava presa ao seu braço por uma enfermeira identificada como Adriana. A avó da criança, Janaína Costa Levenson, 40 anos, registrou o caso na 52ª DP (Nova Iguaçu). A direção da clínica só se pronunciará após a apuração do fato pela polícia. "O médico passou nebulização para diminuir o cansaço do menino, que estava com crise de asma. Havia um tubinho de oxigênio no nariz dele, que foi removido para a nebulização. A enfermeira, em vez de recolocar o tubinho no nariz após a nebulização, colocou em agulha que estava no braço para aplicação do soro", contou a avó. O menino teve uma forte reação. Sua mãe, Viviane Cândido dos Santos, 22, ficou desesperada. O delegado da 52ª DP, Orlando Zaccone, informou que a enfermeira será identificada e chamada para depor. O delegado também enviará ofícios à clínica solicitando o prontuário do menino. Dependendo do resultado da necropsia, que indicará a causa da morte, Adriana responderá ao inquérito em liberdade ou será indiciada por homicídio culposo (sem a intenção de matar). Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,OI2446021-EI715,00-Impericia+pode+ter+matado+duas+pessoas+em+hospitais.html>.

(IMPERÍCIA, 2014)

O profissional da saúde deve ter conhecimentos específicos, técnicas, para o desenvolvimento de suas atividades, a inabilidade, falta de conhecimento, ou mesmo o engano, podem gerar prejuízos irreparáveis ao cliente, no caso acima, uma profissional conectar uma extensão de oxigênio em acesso venoso, é inaceitável, devendo esta, responder no ordenamento jurídico pela sua culpa, ainda que não haja a intenção de matar, mais o

resultado era previsível, se não possui o conhecimento para o desempenho da função, deve-se abster-se de realizar qualquer procedimento ao qual não esta preparada.

Observando a questão exemplificada, medidas devem ser tomadas pela Agência Reguladora de Saúde ANVISA no sentido de, estabelecer aos fabricantes de produtos, materiais, insumos e descartáveis que são utilizados na área da saúde, para que as conexões sejam diferenciadas, e não possibilite a conexão de outro tubo que não aquele da respectiva indicação ao tratamento.

Desta forma, a cerca desta questão, evitaria erros de procedimentos e a não possibilidade de conexão de tubo diverso ao acesso venoso, teria evitado a tragédia acima especificada. Deve haver uma padronização destes produtos, de forma a evitar, por exemplo, que um equipe de dieta enteral, seja conectado em no acesso venoso, caso este também conhecido na mídia, de enfermeira que administrou alimento na veia do paciente que posteriormente veio a óbito.

4.4- Quanto as Formas

4.4.1- Culpa *in eligendo*:

Na culpa *in eligendo*, existe um elo de subordinação dos autores de fato em relação ao responsável civil. O agente é responsável em razão da escolha de seu representante ou preposto (NADER, 2004, p.543).

A culpa *in eligendo* advém da má escolha daquele em quem se confia à prática de um ato ou o adimplemento da obrigação, como por exemplo: admitir ou manter a seu serviço empregado não habilitado legalmente ou sem aptidões requeridas para a função que exerce. Esta modalidade está prevista no art. 1521, inc. III do CC/1.916.

CC/16 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I - Omissis;

II - Omissis;

III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);

Assim, se o enfermeiro não estiver habilitado, o empregador será responsabilizado pela culpa *in eligendo*, e responderá pelos danos causados decorrentes da ação do profissional que elegeu. Exemplo: “Um enfermeiro, ao aplicar, uma injeção, ensejar acidente vascular grave, que acarrete amputação do braço do paciente, o hospital, que o empregou, deverá

reparar o prejuízo, exercendo depois o direito de regresso contra o lesante para obter o que pagou ao lesado” (DINIZ, 2014, p.357).

Não obstante, também é possível nos referir a casos que também foi vinculado na mídia, de pessoas que foram contratadas e estavam exercendo a profissão de médico em alguns hospitais do país, sem se quer ter frequentado uma aula do curso, os danos causados pela culpa *in eligendo* aqui, é do empregador, que deveria realizar melhor escolha de seus eleitos.

A caracterização da responsabilidade relativa à culpa *in eligendo* e *in vigilando* foi objeto de Apelação no TJ-PR conforme abaixo:

Ementa: O CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO DE NOSOCÔMIO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. CARACTERIZAÇÃO DA "CULPA *IN ELIGENDO*" E DA "CULPA *IN VIGILANDO*". DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA CONDIÇÃO MENTAL DA VÍTIMA. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO COMPATÍVEL COM O TRABALHO DESENVOLVIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A falha na seleção, treinamento e acompanhamento do funcionário que praticou atos libidinosos em paciente deficiente mental, caracteriza "culpa *in eligendo*" e "culpa *in vigilando*". Inteligência do art. 1.521 do Código Civil de 1916. O fato de ser a pessoa portadora de doença mental privada da possibilidade de compreender a natureza e as consequências de ato criminoso de que foi vítima, não impede que se reconheça a existência de lesão à sua honra e, por consequência, do direito à reparação por danos morais. O dano moral que resulta de estupro e atentado violento ao pudor, dispensa comprovação. Não merece redução a verba honorária fixada em valor compatível com a natureza e importância da causa, e, ainda, com o bom trabalho desenvolvido pelo advogado. TJ-PR - Apelação Cível AC 2581544 PR Apelação Cível 0258154-4 (TJ-PR). Data de publicação: 06/08/2004. (BRASIL, 2004)

Restou caracterizado no caso acima, a responsabilidade do nosocômio, pois este responde objetivamente em relação aos atos praticados por aqueles que elegeu para desempenhar atividade no estabelecimento hospitalar. Se o enfermeiro em razão da função que exerce, pratica ato contra a integridade física, moral, do paciente, e seu empregador responde pela culpa *in eligendo*, em razão da má escolha de seu preposto.

4.4.2- Culpa *incomittendo*

A culpa *in comittendo* ou *in faciendo* resulta de uma ação, de um ato positivo do agente. A culpa *in omittendo* decorre de uma omissão, só tendo relevância para o direito quando haja o dever de não se abster (GONÇALVES, 2009, p.302).

Nesta modalidade de culpa o exemplo seria a ação do profissional da saúde que, durante um procedimento de administração de medicação em paciente, o faz de forma rápida e devido ao tipo de medicação, este começa a se sentir mal, e mesmo assim este prossegue administrando a medicação, a ação esta pautada no avanço do serviço, independente da reação adversa ocasionada. Isto porque, alguns profissionais quando na prestação de atendimento ao cliente, se quer olha no rosto do paciente, dá-se a impressão que estão cheio de serviço ou que não gosta do que faz, o que certamente deveria ter escolhido outra profissão, até mesmo, porque, esta é uma profissão de amor, carinho e respeito para com o próximo, que necessita de cuidados e assistência hospitalar.

4.4.3- Culpa *in omittendo*

A culpa *in omittendo* é estampada no ato omissivo, o comportamento voluntário do agente caracteriza-se por uma ação ou omissão, que produz consequências jurídicas. A ação é a modalidade de exteriorização de conduta. A inatividade do agente, quando deste se exigia uma ação, caracteriza-se a conduta omissiva (VENOSA, 2009. p.30).

Em exemplo, podemos citar a culpa *in omittendo*, quando o paciente realiza queixa sobre seu estado de saúde e o profissional da saúde, não dá importância, não levando em consideração a queixa, omitindo os fatos narrados ao médico, responsável pelo caso. Esta omissão pode resultar em eventos prejudiciais e agravamento do estado de saúde do cliente, se o enfermeiro tivesse dado atenção rapidamente à queixa, talvez as ações posteriores não fossem necessárias.

4.4.4- Culpa *in custodiendo*

A culpa *in custodiendo* decorre da falta de cautela ou de atenção em relação a pessoas ou coisas sob os cuidados do responsável (NADER, 2004, p.543).

O enfermeiro que detém sob seus cuidados medicação, e a deixa exposta sob o risco de que alguém possa pega-la, incorre na falta de cautela ou de atenção sob a guarda daquilo que esta sob sua responsabilidade.

4.4.5- Culpa *in vigilando*

A culpa *in vigilando* que é o tema central deste trabalho, é nela que vamos pautar a responsabilidade do enfermeiro, pois este deve agir dentro dos preceitos legais e éticos da profissão, devendo vigiar, zelar, guardar, manter sob seus olhos o cliente e os profissionais a este subordinado, respondendo assim, pelos eventos adversos causados ao cliente e pela prática de atividades desempenhadas por estes que estão sob sua responsabilidade.

Na culpa *in vigilando*, assim como na culpa *in elegendo* também existe um elo de subordinação dos autores de fato em relação ao responsável civil, sendo que na culpa *in vigilando*, a culpa do patrão deriva da má fiscalização do empregado ou do controle de máquinas e de coisas em geral (NADER, 2004, p.543). Ou ainda, a má fiscalização das atividades desenvolvidas pelo enfermeiro, e este em relação às atividades desempenhadas pelos seus auxiliares e técnicos de enfermagem.

A culpa *in vigilando* é aquela que decorre da falta de atenção na realização de um procedimento ou na falta de vigilância do cliente, cujo ato ilícito decorrente desta falta de atenção podendo gerar responsabilidades e deveres: a ausência de fiscalização do patrão quer relativamente aos seus empregados, quer à coisa, da qual deveria este cuidar, gera a este a obrigação de indenizar e posteriormente o direito de regresso contra aquele que efetivamente causou o dano, pois a responsabilidade do empregador é objetiva, independe de culpa, enquanto que a responsabilidade do profissional é subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa.

O Código Civil de 1.916 (art. 1.521) presumia a culpa *in vigilando* dos pais, tutores, curadores, donos de hotéis e escolas, encarregados de fiscalização, respectivamente, dos filhos menores, tutelados, curatelados, hóspedes e alunos; e a culpa *in eligendo* dos patrões, amos e comitentes pela má escolha de seus empregados, serviçais e prepostos. Entendia a jurisprudência que, na primeira hipótese, a presunção era relativa (*juris tantum*-apenas de direito) e, na última, absoluta (*juris et de jure*- De direito e por direito) (GONÇALVES, 2009, p.302).

Já o artigo 933 do novo Código Civil de 2002 dispõe, todavia, que as pessoas mencionadas no artigo 932 (pais, tutores, empregadores etc) “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Não mais se indagará, portanto, para condenar as referidas pessoas a indenizar, se agiram com a culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, pois respondem objetivamente, isto é, independentemente de culpa, pelos atos dos terceiros mencionados (GONÇALVES, 2009, p.302).

O enfermeiro em sua atuação ao cometer um ato culposo, leva a responsabilização de seu empregador, local onde desempenha suas atividades, pelo ordenamento jurídico, o

enfermeiro quando na condição de preposto, que venha a causar dano ao paciente, responderá solidariamente com seu empregador, no entanto este primeiro poderá ser responsabilizado nas formas de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, vezes que o patrão responde pela não vigilância das atividades do enfermeiro e este por sua vez responde pelas atividades daqueles que a ele estão subordinados como no caso dos auxiliares de enfermagem e os técnicos de enfermagem, observando assim o nível de hierarquia do serviço de enfermagem (SANTOS et al., 1197. p.321).

Pelos fatos danosos cometidos pelos seus auxiliares, como enfermeiros, médicos assalariados, funcionários, a direção do hospital será responsável por culpa *in vigilando* pelos prejuízos resultantes de negligência por parte destes em relação ao tratamento a ser dispensado ao paciente (DINIZ, 1999, p.286).

A culpa *in vigilando*, decorre da falta de vigilância do empregador para com o empregado, em suas atividades desenvolvidas, pela coisa que deveria guardar ou fiscalizar, pela pessoa, que esta sob sua responsabilidade.

O enfermeiro deve ter consciência de sua responsabilidade diante de fato ocorrido com cliente, como citado durante o trabalho, deve haver entre a sua ação ou inação, um nexo de causalidade entre o fato ocorrido, para ensejar a responsabilidade civil e penal.

O ato ilícito decorrente de sua ação será passível de indenização na esfera civil e também de responsabilização perante o Conselho Federal de Enfermagem - COFEN, pois são deveres e obrigações do enfermeiro agir em estrito cumprimento das normas, prestando uma assistência que ofereça segurança ao paciente.

Assim estabelece o art. 5º da Resolução do COFEN 311/2007:

Art. 5º - Exercer a profissão com justiça, compromisso, equidade, resolutividade, dignidade, competência, responsabilidade, honestidade e lealdade.

4.5- Das Infrações e Penalidades do Enfermeiro

As infrações éticas e disciplinares estabelecidas pelo Conselho Federal e Conselho Regional de Enfermagem, e as respectivas aplicações de penalidade e sanção, não os isenta de responsabilização perante outros dispositivos legais como a responsabilidade civil e penal, responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como a contratual e extracontratual, em decorrência de ato ilícito praticado pelo profissional enfermeiro, é o que estabelece o Art. 112 do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem:

Art. 112 - A caracterização das infrações éticas e disciplinares e a aplicação das respectivas penalidades regem-se por este Código, sem prejuízo das sanções previstas em outros dispositivos legais.

O Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem estabelece ainda, algumas situações consideradas como infração ética, e assim estabelece as penalidades aplicáveis a aqueles que cometerem ou concorrer para a prática da infração.

Art. 115 - Responde pela infração quem a cometer ou concorrer para a sua prática, ou dela obtiver benefício, quando cometida por outrem.

“A gravidade da infração é caracterizada por meio da análise dos fatos do dano e de suas consequências”, é que preceitua o Art. 116 do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem.

As penalidades a serem impostas, pelo Conselho Federal e Regional de Enfermagem estão previstas na Lei nº 5.905, de 12 de julho de 1973, em ser art. 18, incisos I, II, III, IV e V, expressos da seguinte forma:

Art. 18. Aos infratores do Código de Deontologia de Enfermagem poderão ser aplicadas as seguintes penas:

I - Advertência verbal;

II - Multa;

III - Censura;

IV - Suspensão do Exercício Profissional;

V - Cassação do direito ao Exercício Profissional.

As penalidades aplicadas aos infratores conforme assevera o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, serão registradas no prontuário do profissional de Enfermagem, nos termos do art. 119 deste diploma legal:

Art.119 - As penalidades, referentes à advertência verbal, multa, censura e suspensão do exercício profissional, são da alçada do Conselho Regional de Enfermagem, serão registradas no prontuário do profissional de Enfermagem; a pena de cassação do direito ao exercício profissional é de competência do Conselho Federal de Enfermagem, conforme o disposto no art. 18, parágrafo primeiro, da Lei nº 5.905/73.

Estabelece ainda, o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem pelo art. 120 e incisos I, II, III e IV, que as penalidades e suas imposições, devem ser consideradas pela gravidade, extensão do dano e a reincidência do infrator, assim considerados:

Art. 120 - Para a graduação da penalidade e respectiva imposição consideram-se:

I - A maior ou menor gravidade da infração;

II - As circunstâncias agravantes e atenuantes da infração;

III - O dano causado e suas consequências;

IV - Os antecedentes do infrator.

As infrações cometidas pelos profissionais enfermeiros, e a respectiva culpa são classificadas mediante a gradação, sendo consideradas, leves, graves e gravíssimas é o que estabelece o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem no art. 121 e parágrafos 1º, 2º e 3º.

Art.121 - As infrações serão consideradas leves, graves ou gravíssimas, segundo a natureza do ato e a circunstância de cada caso.

§ 1º - São consideradas infrações leves as que ofendam a integridade física, mental ou moral de qualquer pessoa, sem causar debilidade ou aquelas que venham a difamar organizações da categoria ou instituições.

§ 2º - São consideradas infrações graves as que provoquem perigo de vida, debilidade temporária de membro, sentido ou função em qualquer pessoa ou as que causem danos patrimoniais ou financeiros.

§ 3º - São consideradas infrações gravíssimas as que provoquem morte, deformidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido, função ou ainda, dano moral irremediável em qualquer pessoa.

As infrações e formas de gradações trazidas no art. 121 e seus parágrafos, do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, demonstra claramente o objetivo deste trabalho, que é a responsabilidade do enfermeiro na prestação da assistência de enfermagem, os cuidados inerentes da profissão, o trabalho em equipe, a sistematização do cuidado, a preocupação com cliente, a preocupação no não agravamento do seu estado de saúde, os cuidados para que eventos danosos decorrentes da ação de enfermagem não ocorram, e se ocorrerem às formas de responsabilização destes.

Os clientes devem ficar isentos de danos causados pela ação do enfermeiro. Ao adentrar o nosocômio, o cliente deve ter a preocupação somente de reestabelecer a sua saúde, e não devem se preocupar com as ações da equipe de cuidados, este deve ter a segurança que será bem atendido e será bem sucedida a assistência prestada, porque, caso contrário, seria melhor ficar doente em casa, a ter que correr risco da prestação de assistência inadequada praticada por profissionais despreparados, sem técnica adequada, sem conhecimentos técnico científico específicos para prestação do cuidado.

O profissional enfermeiro deve zelar e “assegurar à pessoa, família, a coletividade assistência de enfermagem livre de danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência” conforme art. 12 da Lei nº 5.905, de 12 de julho de 1973.

Assim, como no nosso ordenamento jurídico penal, o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, trás as circunstâncias que podem ser consideradas agravantes da infração praticada pelo profissional da enfermagem, como:

Art.123 - São consideradas circunstâncias agravantes:

I - Ser reincidente;

II - Causar danos irreparáveis;

III - Cometer infração dolosamente;

IV - Cometer a infração por motivo fútil ou torpe;

V - Facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outra infração;

VI - Aproveitar-se da fragilidade da vítima;

VII - Cometer a infração com abuso de autoridade ou violação do dever inerente ao cargo ou função;

VIII - Ter maus antecedentes profissionais.

Concluímos deste modo, que cabe ao enfermeiro atuar de forma a seguir os preceitos estabelecidos no nosso ordenamento jurídico, seguindo e respeitando o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem e as legislações pertinentes da categoria, buscar a preservação e segurança do cliente assistido por este profissional e por aqueles a este subordinado, as infrações serão apuradas e os infratores serão punidos, dentro dos ditames legais previstos.

4.6- CASOS EMBLEMÁTICOS

Para concluímos o respectivo trabalho, faz-se necessário a abordagem de casos relacionados ao tema, para melhor elucidação, onde demonstram claramente a responsabilidade do profissional enfermeiro em relação à culpa *in vigilando*, as consequências e formas de reparação do dano causado decorrente de sua ação ou omissão.

4.6-A- Caso I

Passamos a observar neste primeiro caso em comento, a responsabilidade daqueles que estão ligados à prestação de serviço junto ao cliente, e apuração das responsabilidades individuais de cada integrante e a solidariedade que os une.

APELAÇÕES CÍVEIS AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CIRURGIA DE TURBINECTOMIA E ADENÓIDECTOMIA EM PACIENTE MENOR QUEIMADURAS DE TERCEIRO GRAU DURANTE O PROCEDIMENTO CULPA DO MÉDICO NÃO DEMONSTRADA AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE PELA **INSTALAÇÃO E USO DO APARELHO ATRIBUÍVEL A ENFERMEIRA CIRCULANTE** - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL DANO MORAL CARACTERIZADO REDUÇÃO DO QUANTUM EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE VERBA HONORÁRIA MANTIDA REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA APELO 01

PROVIDO E APELO 02 PARCIALMENTE PROVIDO. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 869.110-1, da 10ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que são apelantes VINICIUS RIBAS DE CARVALHO DUARTE FONSECA, ORGANIZAÇÃO MÉDICA CLINIHAUER E OUTRO e apelado WILLIAN DE SOUZA ALVES MARQUES (REPRESENTADO). (BRASIL, 2013)

O autor, menor de idade, teve que ser submetido a procedimento cirúrgico de turbinectomia e adenóidectomia, durante a realização do procedimento cirúrgico, veio a sofrer queimadura de terceiro grau na parte dorsal da coxa esquerda, decorrente de um ato de negligência, imperícia e imprudência.

Representado por sua genitora, propôs a ação de indenização por danos morais em face do médico, que realizou o procedimento e do hospital cujo proprietário é o plano de saúde.

A ação de indenização por danos morais, conforme Acórdão, Processo nº 869110-1 foi pleiteada em razão da queimadura de terceiro grau, que este sofreu durante o ato cirúrgico, a placa do bisturi teria se deslocado ou estava mal posicionada durante o procedimento cirúrgico, fato este, que não foi observado pelo médico, nem pela enfermeira circulante de sala.

Em sentença proferida, condenou os réus solidariamente ao pagamento da indenização, bem como ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Os réus recorreram da Sentença proferida pelo Juiz singular. O Juiz singular entendeu que era inadmissível o fato de uma correção cirúrgica resultar em dano extremamente gravoso para o paciente, que foi a queimadura na coxa esquerda do autor, o que ensejou a condenação na primeira instância.

A queimadura, lesão diagnosticada foi compatível com a queimadura elétrica provocada por eletrocautério, tendo como consequência halo necrótico por orifício de saída na face posterior da coxa esquerda.

A sentença trás a culpa do hospital, na ocorrência do fato, visto que este tem responsabilidade objetiva, pois responde por aquele que elegeu para desempenho da função e não supervisionou.

Depreende-se da Sentença do Juiz singular que:

Destacou que a culpa do hospital e do plano de saúde, proprietário do nosocômio, está evidenciada na medida em que a responsabilidade pela instalação, controle e retirada do cautério é da **enfermeira circulante de sala**, "porque estando o paciente submetido a seus prepostos e se originado a lesão durante esta intercorrência não se pode negar a imprudência no manejo

do cautério. A utilização correta do aparelho impede qualquer lesão dessa natureza (fl. 382).

A Sentença de primeira instância infere que, quanto ao médico, este solicita o equipamento e o utiliza, não podendo afirmar que sua responsabilidade esta restrita ao procedimento cirúrgico em si, pois deve saber se o equipamento foi utilizado de forma correta ou não, e não o fazendo, age com negligência.

Em apelo, o médico assevera que a responsável pela instalação e retirada da placa de bisturi é a enfermeira circulante e não o cirurgião, sendo que se a placa foi colocada incorretamente, a ação deve ser julgada improcedente contra este, pois a culpa é da enfermeira e não dele.

O Hospital tendo apelado, destaca que não houve comprovação de qualquer prática de ilícito e nexos de causalidade, requisitos da responsabilidade objetiva, e que, é necessária a utilização do bisturi neste tipo de procedimento cirúrgico, e durante o procedimento cirúrgico foi constatado um excesso de umidade na placa, decorrente de urina, causando um curto circuito que culminou a queimadura. Refere-se ainda, que por uma reação do próprio autor ocorreu o fato, não sendo possível atribuir o fato a equipe médica.

Relata que tomou todas as providências necessárias no sentido de reparar a lesão sofrida, realizando cirurgia plástica, que sanou o ferimento, isto sem qualquer custo a família do autor.

Os apelados pugnaram pela diminuição da indenização e dos honorários de sucumbência, caso não fosse dado por improcedente ao pedido do autor.

Os votos e fundamentação do Acórdão foram baseados, no sentido de saber se houve culpa dos réus durante o procedimento cirúrgico, já que a responsabilidade do médico é subjetiva e a do hospital é objetiva. Caracterizou-se o dever de indenizar por parte do Hospital devido à falha na prestação de serviço.

O voto do Ministro Relator versa no sentido de que:

Nessa perspectiva, vejo na teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica, nas hipóteses de dano decorrente de erro médico, uma forma de assegurar ao paciente indenização sob qualquer circunstância, pois, se o dano decorre de evidente erro médico, condena-se o hospital solidariamente de forma a garantir ao paciente o recebimento de indenização. Se ocorre dano e não se evidencia erro médico, ou não se consegue comprová-lo, o paciente será indenizado, porque o hospital responderá objetivamente. De uma forma ou de outra, ele será sempre indenizado (grifo nosso).

No caso em tela, infere-se o Ministro que no atuar, o médico compromete-se a agir de acordo com as regras e os métodos da profissão, ou seja, a colocar à disposição dos

pacientes todo o seu conhecimento técnico da melhor forma possível, sem, contudo, assumir o resultado cura. Trata-se, pois, de obrigação de meio e não de resultado. E que assim a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada, e não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou tratamento. Fica demonstrado que a conduta do médico no caso em tela se mostrou regular conforme depoimento deste de fls 338 e 339 extraídos abaixo:

Que o autor foi paciente do depoente e a intervenção cirúrgica foi indicada em razão de problemas respiratórios; que a utilização do eletrocautério visa impedir eventual hemorragia cauterizando os vasos, veias e artérias, diminuindo os cornetos; que este aparelho é colocado no paciente pela circulante (técnica em enfermagem) ou até mesmo **por enfermeira**, procedimento este que antecede a cirurgia; que o funcionamento do cautério é facilmente percebido pelo médico, **mas o controle do aparelho fica a cargo da enfermeira**; que não era possível no momento da cirurgia perceber a lesão (queimadura) ocorrida na perna do autor; (...) que examinando o autor constatou que ele tinha sofrido uma queimadura de segundo grau pelo cautério, a qual poderia evoluir em queimadura de terceiro grau e talvez atingir o nervo, diminuindo a sensibilidade, tendo então imediatamente solicitado o cirurgião plástico o qual avaliou e diagnosticou queimadura de terceiro grau, realizando posteriormente a cirurgia reparadora (fls. 338 e 339).

Infere-se do depoimento médico, responsável pela cirurgia, que o eletrocautério é de propriedade do Hospital e estava sob os cuidados da enfermeira circulante de sala, não recai sobre este a culpa pelo evento.

O Acórdão faz menção à obra de Cavalieri Filho, (2010, p. 389) no seguinte entendimento:

Há entendimento no sentido de que o médico-chefe, por estar no comando da equipe, é o responsável; os outros médicos são seus auxiliares e executam atos sob suas ordens, necessárias ao bom desempenho da intervenção. Essa concepção unitária da operação cirúrgica, entretanto, não é mais absoluta em face da moderna ciência médica. As múltiplas especialidades da Medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia. Em outras palavras: embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. Será preciso apurar que tipo de relação jurídica há entre eles. Se atuam como profissionais autônomos, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexó de causalidade, exaustivamente examinado no Capítulo III. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento (Programa de ... 2010, pág. 389).

Dos depoimentos colhidos em na fase inicial do processo, o acórdão trás a baila o pronunciamento da instrumentadora cirúrgica, que relata ser de responsabilidade da circulante

de sala a colocação da placa do eletrocautério, bem como verificar eventual deslocamento e/ou qualquer problema que possa advir ao paciente em relação ao cautério.

O depoimento da enfermeira chefe do centro cirúrgico, foi no sentido de que, estava presente na data do fato no centro cirúrgico e que circulou pela sala cirúrgica, verificando que estava tudo em ordem, informando que a circulante estava próxima ao menor, no entanto, é de praxe do hospital enfaixar a placa juntamente com o membro do paciente para evitar o deslocamento, mas não sabe dizer se a circulante realizou este procedimento.

Neste ponto, podemos verificar que não houve por parte da enfermeira chefe do centro cirúrgico o dever de vigilância, em relação a aqueles por quem ela responde, ou seja, sabendo-se que era protocolo do hospital a fixação da placa ao membro do paciente, não verificou se a circulante daquela sala onde se encontrava o menor, realizou tal procedimento, agindo com falta do dever de vigilância, que ao final resultou no evento danoso ao paciente.

Há, porém, o nexa causal entre os danos ocasionados ao autor, a queimadura e o mau uso do aparelho de eletrocautério pela profissional responsável, pertencente ao nosocômio.

Não havendo, portanto, indícios de imprudência, negligência ou imperícia por parte do profissional médico que realizou a cirurgia.

O laudo pericial solicitado, assim descrito no acórdão demonstra que:

5) O Senhor Perito pode esclarecer se a umidade excessiva na placa foi que provocou lesão na parte posterior da coxa do autor? Em caso positivo, tal fato se caracteriza imprudência, negligência ou imperícia que realizou a cirurgia do autor?

R: Não é possível pelos autos afirmar se a placa de cautério estava molhada. Não compete ao médico cirurgião instalar tal dispositivo no paciente, sendo os mesmos usualmente **colocados por enfermeiro responsável** ou por auxiliar circulante de sala cirúrgica designado para tal.

(...) 6) O cautério é indicado pelo médico que irá realizar a cirurgia e colocado à disposição do paciente pelo Hospital? A pessoa responsável por operar o aparelho durante a cirurgia é indicado pelo hospital? R: O cautério é solicitado pelo médico e cedido pelo hospital, proprietário do equipamento na maioria das vezes. Quem utiliza o aparelho e seus acessórios é o cirurgião e quem instala a placa geralmente **é a enfermeira circulante de sala** (Parecer Consulta nº.71209/01 do CREMESP/assunto: responsabilidade do médico na realização de procedimento cirúrgico quando da utilização de bisturi elétrico)." (fls. 218, 220).

Restou, evidenciado que o fato gerador do ferimento, ocasionado na perna do autor, foi o uso inadequado do aparelho de eletrocautério, nas dependências do hospital por parte da enfermeira responsável, evidenciando a falha na prestação de serviços e eximindo o apelante 1 (Médico) do dever de indenizar.

Ficou caracterizado o dano moral sofrido pelo autor, em razão da alteração do bem-estar psicofísico do indivíduo, ocasionado por ato de outra pessoa, onde resultou numa alteração desfavorável, com dor profunda, causando modificação no seu estado anímico.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o quanto indenizatório foi reduzido, a fim de permitir uma compensação razoável pela queimadura e consequente cicatriz na perna esquerda do autor e desestimular os réus para que não incorram mais nas falhas apontadas no laudo pericial.

O Hospital foi condenado ao pagamento da indenização a título de danos morais no importe de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente desde a data do julgamento do acórdão, acrescido de juros de mora a partir do evento danoso e ainda, condenado ao pagamento de honorários, em razão da sucumbência.

Da análise do caso, é possível verificarmos que todo o contexto deste trabalho se resume na responsabilidade objetiva ou subjetiva do agente, que pratica ato ilícito e em razão disto é obrigado a reparar os danos causados.

Restou evidenciado que a culpa pelos danos experimentados pelo autor, foi decorrente de ação da enfermeira circulante, que não inspecionou corretamente o trabalho a ser executado pelo seu preposto (auxiliar de enfermagem, enfermeira padrão, técnico de enfermagem), ou seja, a circulante que esta próxima ao menor, deveria ter agido em conformidade com os protocolos da Instituição, fixando a placa do eletrocautério ao membro inferior com uma faixa, o que provavelmente não fez, resultando na queimadura de terceiro grau do autor.

Conforme já mencionado em capítulos anteriores, o Hospital neste caso, empregador é responsável pelas atividades desenvolvidas pelos seus prepostos, respondendo objetivamente, porque a vítima não será prejudicada duas vezes, uma pela queimadura e outra pelo não recebimento da indenização, razão pela qual, para garantir o juízo o Hospital é responsável pelo pagamento, no entanto comprovado o erro do profissional, assiste ao direito de regresso contra o profissional enfermeiro que causou o dano.

4.6-B- Caso II

O autor ajuizou ação sob o argumento de que foi atendido pelo Requerido (enfermeiro) que presta serviço na unidade médica de pronto-atendimento mantida pela

Requerida (operadora de plano de saúde) e que, ao atendê-lo o Requerido (enfermeiro) lhe causou dano, com perfuração do intestino, conforme Acórdão abaixo:

PLANO DE SAÚDE RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO NO TRATAMENTO DANOS MATERIAL E MORAL Caracterizado o erro no atendimento prestado ao Autor pelo enfermeiro Requerido Lesões causaram dano moral Requerida operadora de plano de saúde responde objetivamente e solidariamente, se provada a culpa do enfermeiro SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para condenar os Requeridos (solidariamente) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 27.250,00 Valor da indenização é excessivo Autor apresentou boa recuperação médica em relação aos danos que sofreu RECURSO DA REQUERIDA (operadora de plano de saúde) PARCIALMENTE PROVIDO, para fixar o valor da indenização em R\$ 12.000,00 (com correção monetária desde hoje e juros moratórios de 1% ao mês desde a data do evento danoso 08 de abril de 2010) Cada parte arca com as custas e despesas processuais que desembolsou e com os honorários advocatícios dos respectivos patronos. Apelação nº 0008086- 68.2010.8.26.0079, Comarca de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Registro: 2012.0000517566. Relator FLAVIO ABRAMOVICI. (BRASIL, 2010)

Em sentença de primeira instância os réus foram condenados ao pagamento de R\$ 27.250,00 (Vinte e sete mil e duzentos e cinquenta reais), razão pela qual recorreu da decisão a Requerida (operadora de plano de saúde).

Em sede recursal a Requerida alega que não responde objetivamente pelos danos eventualmente suportados pelo Autor, e o faz com parcial razão. Embora a responsabilidade da Requerida seja solidária e objetiva conforme (artigo 14, *caput*, Lei número 8.078/90), encontra-se condicionada à prova da culpa (responsabilidade subjetiva, por óbvio) do Requerido (enfermeiro). A condenação da Requerida está condicionada à responsabilização do Requerido (enfermeiro).

A culpa, neste caso, está satisfatoriamente demonstrada, e, para isso, foi considerada desnecessária a realização de perícia, o Requerido (enfermeiro) também não solicitou a produção de prova pericial (fls.229/230).

A Requerida, intimada a especificar provas (fls.223), não justificou adequadamente a pertinência da perícia (fls.226/227), o porquê do pedido de prova pericial, para demonstrar que “a ação é improcedente e que danos não foram causados ao autor” (fls.226). Limitou-se em pedir na perícia a prova da inexistência do dano. No entanto restou comprovado por laudo médico e ultrassonografia o dano causado ao autor, “lesão apenas perfurativa em tratamento, sem solução de continuidade completa das paredes esfinterianas”.

Ficou caracterizado o dano, o nexo de causalidade e a culpa, ou seja, a ação do enfermeiro e resulta nefasto, perfuração do intestino do paciente. Existe o dever de indenizar.

Cumpra definir o valor da indenização, que deve ser suficiente para reparar o dano suportado pela vítima e punir o agressor, sem enriquecer o primeiro ou empobrecer o último.

Desta forma, considerando que a lesão mostrou-se de pronta recuperação, o quantum indenizatório foi reduzido passando o valor para R\$ 12.000,00 (Doze mil reais).

O recurso interposto pela Requerida aproveitou-se ao Requerido (enfermeiro), e em razão disto se beneficiou com a diminuição do quantum indenizatório, foi dado parcial provimento ao recurso, e devido à solidariedade dos Requeridos cada um arca com a metade do valor da indenização, de custas e despesas processuais, e honorários advocatícios dos respectivos patronos, além da atualização monetária e correção de juros atualizados.

Inferre-se, portanto, dos respectivos casos apresentados que o dever de indenizar é daquele que causou a lesão, restando demonstrada a culpa do preposto este irá arcar com os prejuízos decorrentes de sua ação. A vítima não ficará no prejuízo, sendo que o empregador responde objetivamente, ou seja, independente de culpa, pois este não soube eleger bem o seu preposto, bem como, não vigiou as suas atividades, fiscalizando-as, incorrendo, portanto, em culpa *in eligendo e in vigilando*, cabendo a este o direito de regresso posteriormente.

A reparação do dano é a consequência do ato ilícito, tendo demonstrado a prática do ato ilícito e nexo de causalidade haverá, portanto, os pressupostos da responsabilidade objetiva, que enseja ao Empregador o dever de arcar com os prejuízos que der causa o seu preposto. No entanto, o ilícito praticado pelo profissional enfermeiro, deverá ser apurado, pois este responde subjetivamente, sendo provado a sua culpa este responderá pelos prejuízos que sua ação der causa.

Atentos às questões processuais e as legislações que norteiam a profissão de enfermagem, este profissional deve agir em estrito cumprimento ao dever de cuidar, e prestar uma assistência de qualidade, mantendo os clientes a salvo de atos que resultem de negligência, imperícia ou imprudência, isto é o que se espera de um bom profissional que lida com vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerramos este trabalho, com a seguinte indagação: os profissionais que estão em campo, no mercado de trabalho, foram preparados de fato, para lidar na assistência e prestação do cuidado ao cliente.

O cliente seria o objeto, a coisa, a ser manuseado, como se faz com um celular, um computador? Seria este uma máquina que ao apresentar defeito se envia para o conserto? A resposta é não. Não podemos deixar que este seja, o rumo a ser tomado pelos atos infracionais, que estão sendo prejudiciais a vida de muitas pessoas, os profissionais enfermeiros, devem exercer a sua atividade pensando sempre no bem estar do cliente, concorrendo para promoção e bem estar daquele que esta sendo assistido por este.

As infrações, os atos ilícitos praticados através de sua conduta, deve ser objeto de responsabilização, é necessário que estes profissionais se conscientizem das responsabilidades inerentes à profissão, e que erros, embora faça parte do conteúdo humano, não devem ser aceitos, quando se esta diante de uma vida.

Os atos praticados com negligência, imprudência ou imperícia, serão suscetíveis de responsabilização e reparação, a culpa do enfermeiro é subjetiva, o ato ilícito praticado por este, pressupõe o dever de indenizar os danos causados ao paciente, em razão da falta de aptidão, técnica, conhecimentos específicos para o desempenho da sua função.

O enfermeiro deve abster-se na prestação do cuidado quando não dispuser de técnicas, competência, e/ou qualificação para o desempenho da atividade, sob pena de colocar em risco a vida de outrem. O conjunto de atitudes refere-se ao agir do profissional, que deve ter um comportamento ético e profissional, a responsabilidade que decorre de seus atos, deve isentar o cliente de prejuízos.

A responsabilidade civil, exprimi no campo do direito a ideia de obrigação, um encargo, um dever de reparar o prejuízo em virtude da violação de outro dever jurídico. As elementares são o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade, ou seja, a causa e o efeito, entre os quais resultam o ato lesivo do profissional e o dever de reparação, a agressão ou violação de um interesse jurídico enseja a justa reparação, seja na forma pecuniária ou no dever de uma contraprestação, de modo reparar o dano causado.

O dever de reparação é daquele que causou a lesão, no entanto, não há que se olvidar da responsabilidade pelo fato de terceiro, expresso no Art. 932 do Código Civil, a

responsabilidade também poderá ser de forma solidária, o que ensejará a reparação do dano por ambas às partes, empregador e empregado.

O enfermeiro, enquanto prestador de cuidados deve exercer a profissão, com compromisso, ética, privando pela promoção da saúde, prevenção e recuperação, exercer com competência as suas atividades, respeitando a vida, a dignidade e os direitos humanos, em razão dos princípios da ética e bioética.

Por fim, neste trabalho os objetivos iniciais foram alcançados, e a metodologia escolhida foi a melhor opção, no entanto o tema não exauriu seu conteúdo, ainda há muitas questões a serem discutidas a cerca desta temática.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.v.1.

ALVES, Ronaldo Andrade. **Dano moral e sua valoração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BEZERRA, Camila da Silva. **Enfermeira decepa dedo de menina**. Jornal da tarde. Estadão Saúde: Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,enfermeira-decepa-dedo-de-menina,673280>. Acesso em: 20 julho 2014.

BLOG ANJOS DA ENFERMAGEM. **História da enfermagem**. Disponível em: <http://www.anjosdaenfermagem.org.br/enfermagem_historiadaenfermagem.php>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. **Ética profissional**. Disponível em: <<http://tpd2000.vilabol.uol.com.br/eticae.htm>>. Acesso em: abr. 2010.

BRASIL. **Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Art. 16 e parágrafo único. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 13 out.14.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Apelação** nº 0008086- 68.2010.8.26.0079/2010, Comarca de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Registro: 2012.0000517566. Relator FLAVIO ABRAMOVICI. Disponível em: www.tjsp.gov.br. Acessado em: 15 ago 2014.

BRASIL. **Apelação Cível** nº. 869.110-1/2013, da 10ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que são apelantes VINICIUS RIBAS DE CARVALHO DUARTE FONSECA, ORGANIZAÇÃO MÉDICA CLINIHAUER E OUTRO e apelado WILLIAN DE SOUZA ALVES MARQUES (REPRESENTADO).

BRASIL. **Reex.** TJ-SP - REEX: 00505759620058260564 SP 0050575-96.2005.8.26.0564, Relator: Reinaldo Miluzzi, Data de Julgamento: 17/06/2013, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/06/2013).

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COREN-SP. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO. **Principais legislações para o exercício da enfermagem.** São Paulo: Demais Editoração e Publicação Ltda, 2007.

CORRÊA, Silvia Saldanha. Ética na Docência. In: _____. **A ética e sua aplicabilidade na prática docente.** Universad de La Empresa-UDE. Montevideú, UY. 2008.

CRUZ, Fernanda. **Desenvolvimento da educação em enfermagem no Brasil.** Disponível em: <http://prezi.com/ftmdccaullnnc/desenvolvimento-da-educacao-em-enfermagem-no-brasil/>. 2013. Acesso em: 29set. 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.v.1.

_____. _____. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 7.

_____. _____. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.v.7.

_____. _____. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V.7.

_____. _____. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. v. 7.

FIGUEIREDO, N. M. A. "... A mais bela das artes... **O pensar e o fazer da enfermagem:** bases teóricas e práticas para uma teoria do cuidado/conforto. 1997. 170 f. Tese (concurso

para professor titular) – Centro de ciências biológicas e da saúde, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 1997.

GARCIA, Juliana Neves Russi; NEVES, Magda Luzia; CAMARGO, Milena Colonbese. IN__ Saberes e Prática. **História da Enfermagem**. Guia para ensino e aprendizado de enfermagem. 4. ed. São Caetano: Difusão, 2008.

GEOVANINI, Telma. et al. **História da enfermagem: versões e interpretações**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

_____. _____. Rio de Janeiro: Revinter, 2002.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I. fev/2011; 2.^a tir., maio/2011.

GERMANO. Raimunda Medeiros. **A ética e o ensino de ética na enfermagem do Brasil**. São Paulo. Cortez; 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v. I.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. IV.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. IV.

HISTÓRIA DE ENFERMAGEM. PERÍODO COLONIAL. Disponível em: <http://www2.unifap.br/enfermagem/sobre-o-curso/historia-da-enfermagem>. Acesso em 29 set. 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário houaiss de língua portuguesa**. 2. ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA NA SAÚDE. Disponível em: <http://www.blogenfermagem.com/2010/05/imprudencia-negligencia-e-impericia-na.html>. Acesso em: 11 ago. 2014.

IMPERÍCIA PODE TER MATADO DUAS PESSOAS EM HOSPITAIS. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,OI2446021-EI715,00-Impericia+pode+ter+matado+duas+pessoas+em+hospitais.html>. Acesso em: 11 ago. 2014.

JUNQUEIRA, Flavia. **Paciente foi preparado para amputar a perna esquerda mas ficou sem as duas.** Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/paciente-foi-preparado-para-amputar-perna-esquerda-mas-ficou-sem-as-duas-10262610.html#ixzz32AStBX9X>. Site Extra. Acesso em: 19 mai. 2014.

KURAMOTO, Jaqueline Bergara. Saberes e práticas: Guia para ensino e aprendizado de enfermagem. **Ética e bioética em enfermagem.** MURTA. G.F. 4. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2008. v. II.

LINDE, Klaus; WILLICH Sefan N. **How objective are systematic reviews?** Differences between reviews on complementary medicine. J R Soc Med. 2003; Ver. 96.p.17-22.

LYRA, Afrânio. Responsabilidade civil. IN__ **Direito civil brasileiro:** Responsabilidade civil. GONÇALVES, Carlos Roberto. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV.

LOPES, Serpa. **Curso de direito civil.** 2.ed. Freitas Bastos, 1962, v. 5.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado.** Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo 13. Direito das coisas: Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NADER, Paulo, **Curso de direito civil parte geral.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

NASCIMENTO, Maria Salete S. Pontieri. **Erros de processos de trabalho da equipe de enfermagem.** Disponível em: www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_263_9_DraAMariaASalete.pdf. Acesso em: 19 mai. 2014.

NEUROPRAXIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Neuropraxia>. Acesso em: 09 ago. 2014.

PALIPÉRIO, Fabíola Cristina M. Caovilla; VASQUES, Mônica Heloisa Braga. **Educação: pluralidade, ética e competência na formação profissionalizante continuada dos educadores**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/vdletras7/monica.htm>. Acesso em: 03 nov. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

SAMPAIO, R.F. MANCINI, M.C. “**Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica**”. Revista Brasileira de Fisioterapia. São Carlos, ano 2007. v. 11, n. 1, jan./fev. 2007.

SANTOS, Elaine Franco dos et al. **Legislação em enfermagem: atos normativos do exercício e do ensino da enfermagem**. São Paulo: Atheneu, 1997.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile**. 2. ed. Paris, 1.939, v I, nº 1.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares. 1962.

SILVA, Carlos Roberto Lyra da; SILVA, Roberto Carlos Lyra da; VIANA, Dirce Laplaca. **Compacto dicionário ilustrado de saúde e principais legislações de enfermagem**. 4. ed. rev. e atual. São Caetano do Sul: Yendis, 2009.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 5.ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Thex, 1986.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA T.C.A., Cassiani S.H.B. **Análise da causa raiz: avaliação de erros de medicação em um Hospital Universitário**. Rev. Esc. Enfermagem USP. 2010; 44 (1): 139-46.

TORNAGHI, B. Hélio; BRANCO, Coelho. **Processo penal I**. Ed. Rio, 1953.

VENOSA, Sílvio de Solvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.v. IV.

VASQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.