

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

LETÍCIA SCHIAVÃO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E
SIMILARES**

MARÍLIA
2014

LETÍCIA SCHIAVÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E SIMILARES

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

Orientadora:
Prof^ª. RAQUEL CRISTINA FERRARONI
SANCHES

MARÍLIA
2014

Schiavão, Letícia

Responsabilidade Civil dos Hospitais, Clínicas e Similares /
Letícia Schiavão; orientador; Raquel Cristina Ferraroni Sanches.
Marília, SP: [s.n.], 2014

51 f.

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

1. Responsabilidade civil. 2. Médico. 3. Hospital

CDD: 342.156



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Letícia Schiavão

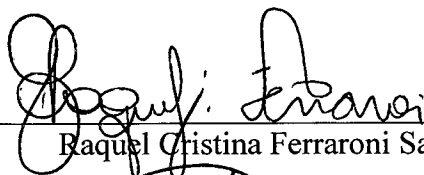
RA: 46183-0

Responsabilidade Civil dos Hospitais, Clinicas e Similares

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: 8,0

ORIENTADOR(A):



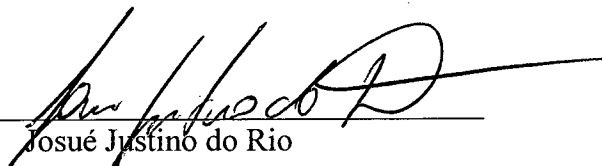
Raquel Cristina Ferraroni Sanches

1º EXAMINADOR(A):



Vivianne Rigoldi

2º EXAMINADOR(A):



Josué Justino do Rio

Marília, 02 de dezembro de 2014.

*Dedico este trabalho a Deus e aos meus
queridos pais.*

AGRADECIMENTOS

A Deus que permitiu que tudo isso acontecesse e foi o maior mestre e orientador que alguém poderia ter.

Aos meus pais, Carlos e Lia, e meus irmãos Augusto e Álex, mas principalmente a minha amada mãe que por vezes sacrificou alguns de seus sonhos para a concretização dos meus. Obrigada pelo incentivo, apoio e amor incondicional. A vocês, a minha eterna gratidão.

À professora e orientadora Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches, pelo paciente trabalho de revisão e também a professora Dra. Daniela Batista que partilhou toda a sua experiência profissional e pessoal, essenciais para a conclusão deste trabalho. A vocês todo o meu respeito.

Aos Drs. Antônio Carlos Roselli e Marcus Vinícius Teixeira Borges, integrantes do escritório de Advocacia e Assessoria Jurídica, por partilharem todo o conhecimento jurídico e experiência profissional. Vocês representam toda dedicação, trabalho ético e competência necessária para o verdadeiro sucesso profissional.

Aos meus queridos amigos e companheiros ao longo desses anos, mas em especial a Fernanda Pereira de Carvalho e Mariana de Oliveira, que contribuíram diretamente para a minha formação.

A todos, o meu muito obrigada.

*“Consagre ao Senhor tudo o que você faz
e seus planos serão bem sucedidos.”*

Provérbios 16:3

SCHIAVÃO, Letícia. **Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares**. 2014. 51 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 o estudo da responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares, buscando contribuir para o conhecimento do paciente consumidor que fica a mercê dos serviços mal prestados pelos médicos e pelos hospitais. O Código Civil combinado com o Código de Defesa do Consumidor oferece proteção ao consumidor ao estabelecer a responsabilidade dos prestadores de serviços particulares e também serviços públicos. Quando mal prestados a responsabilidade do médico como profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa. Em relação ao hospital a responsabilidade será analisada pelo nexos de causalidade, que em outras palavras significa dizer que a conduta do hospital e o dano devem estar diretamente ligados. Em se tratando de hospitais públicos a responsabilidade será também apurada nos termos do Código Civil combinado com a Constituição Federal, devendo o Estado responder de forma objetiva pelos atos de seus agentes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do médico. Responsabilidade civil dos Hospitais, Clínicas e similares.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
1.1 Responsabilidade prevista no Código Civil.....	10
1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	11
1.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	14
1.4 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.....	17
1.5 Responsabilidade Direta e Indireta.....	20
1.6 Teoria do Dano.....	22
1.7 Teoria da Perda de uma Chance.....	24
1.8 Teoria do Risco.....	25
CAPÍTULO 2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	27
2.1 O médico como profissional liberal.....	27
2.2 Natureza do serviço médico.....	28
2.3 Do erro médico.....	30
2.3.1 Erro no diagnóstico.....	32
2.4 Responsabilidade civil na prestação do serviço médico à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.....	33
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E SIMILARES.....	37
3.1 Hospital como fornecedor de serviços.....	37
3.2 O contrato de prestação de serviço médico – hospitalar.....	39
3.3 Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares.....	40
3.3.1 Responsabilidade civil dos hospitais pelos atos de médicos com vínculo empregatício.....	42
3.3.2 Responsabilidade civil dos hospitais pela recusa no atendimento.....	43
3.3.3 Responsabilidade civil dos hospitais pela infecção hospitalar.....	45
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares em face do Código de Defesa do Consumidor, combinado com as normas do Código Civil, com o propósito de contribuir para o conhecimento do cidadão que muitas vezes fica a mercê de um serviço mal prestado pelos profissionais e casas de saúde. Para tanto, faz-se necessário compreender o instituto da responsabilidade civil e a responsabilidade dos médicos como profissionais liberais.

O primeiro capítulo irá percorrer sobre o instituto da responsabilidade prevista no Código Civil. Destaca-se inicialmente que responsabilidade é o dever de suportar com o próprio comportamento ou ações. Os requisitos que dão validade a responsabilidade é a ação ou omissão na forma culposa e o nexo de causalidade.

A responsabilidade será abordada na sua forma contratual e extracontratual que é fragmentada em responsabilidade subjetiva e objetiva. A primeira depende do elemento anímico do agente a culpa. A segunda depende apenas do nexo de causalidade, que é o elo entre a conduta do agente e o dano.

Ainda, irá abordar a responsabilidade direta direcionada ao autor do dano a responsabilidade indireta que é imputada a um terceiro que tinha o dever de zelar a coisa, animal ou pessoa.

Completa o estudo da responsabilidade civil a teoria do dano, teoria da perda de uma chance e a teoria do risco. A teoria do dano irá mostrar que o dano como é centro da responsabilidade e pode ser material e moral. O dano material será emergente quando a vítima demonstrar o que efetivamente perdeu e será a título de lucro cessante quando a vítima demonstrar efetivamente o que deixou de ganhar. Por conseguinte, a teoria da perda de uma chance está intimamente ligada aos lucros cessantes e refere-se a um dano em virtude de uma chance perdida. Por último, a teoria do risco que diz respeito à responsabilidade daquele que cria um risco a terceiro em razão da atividade desenvolvida.

O segundo capítulo irá abordar o médico como profissional liberal e a responsabilidade em face do erro médico. Todavia, a discussão fica por conta da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor combinado com as normas do Código Civil.

Ao final, o terceiro capítulo objetiva estudar a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares. A princípio verificar-se-á a posição do hospital como fornecedor de serviços e a posição do paciente como consumidor dos serviços de atendimento médico,

hospedagem e alimentação. Em decorrência, analisar-se-á o contrato estabelecido entre partes e as obrigações pré-estabelecidas, para então fazer surgir à responsabilidade civil. Superado isso, chega-se ao principal objetivo do estudo que é abordar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor combinado com as normas do direito civil em face da responsabilidade dos hospitais, clínicas e similares por erro de médico que possui vínculo empregatício, pela recusa no atendimento e pela infecção hospitalar.

O presente estudo utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, fins de comprovar a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares.

CAPÍTULO 1 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O primeiro capítulo do presente trabalho irá abordar o instituto da responsabilidade e sua aplicabilidade no Código Civil, percorrendo sobre as classificações da responsabilidade, contratual e extracontratual, bem como as teorias aplicáveis.

1.1 Responsabilidade prevista no Código Civil

Sob a ótica popular, a responsabilidade é o dever de arcar com o próprio comportamento ou ações. No âmbito do direito civil, a responsabilidade é entendida como o dever jurídico de assumir as consequências um ato lesivo. Sérgio Cavalieri Filho entende a responsabilidade da seguinte maneira:

A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela enquadrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. [...] Em apertada síntese, **responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário** (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 02, grifei).

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria da responsabilidade civil integra o direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos (GONÇALVES, 2011, p. 11).

Maria Helena Diniz é que a responsabilidade consiste na aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano seja ele moral ou patrimonial (DINIZ, 2003, p. 36). Completa ainda dizendo que a responsabilidade prevista no Código Civil tem a função de garantir direito do lesado à segurança e servir como sanção civil, de natureza compensatória (DINIZ, 2014, p. 45).

A responsabilidade pode ser analisada sob duas vertentes. A primeira é a responsabilidade jurídica que decorre da violação de uma norma jurídica. Em um segundo momento, verifica-se a responsabilidade moral que decorre da própria noção de responsabilidade do agente, sendo punível apenas no campo psicológico (STOLZE; PAMPLONA, 2006, p. 3).

Compartilha Maria Helena Diniz dizendo que:

A responsabilidade moral resultante da violação de uma norma moral, repousa na seara da consciência individual, de sorte que o defensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja ou não um homem de fé. Não há qualquer preocupação em saber se houve ou não um dano. Supõe que o agente tenha livre-arbítrio e consciência de obrigação. A responsabilidade jurídica aparece quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter (DINIZ, 2014, p. 46).

No entanto, embora os danos possam ter conteúdo de cunho moral, religioso, social e ético, somente os danos de índole jurídica deverão ser reparados. Assim, verifica-se, que o estudo da responsabilidade civil abrange o conjunto de normas que regem a obrigação de indenizar (VENOSA, 2009, p. 2).

Segundo Sergio Cavaliere Filho, a reparação do dano inspira-se no sentimento de justiça. Os danos de índole jurídica rompem o equilíbrio jurídico- econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Para restabelecer esse equilíbrio, faz-se necessário recolocar o prejudicado no statu quo ante, e, isso se faz através de uma indenização fixada na proporção do dano (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 14).

O direito obrigacional é a principal consequência de um ato ilícito. A obrigação aqui tratada é conceituada como o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação. Assim, a responsabilidade civil é puramente patrimonial e o devedor não poderá responder por seus atos com a privação de sua liberdade exceto algumas exceções previstas em lei (GONÇALVES, 2011, p.11).

De todo o exposto, pode-se afirmar que a responsabilidade civil consiste no dever de reparar um dano causado pela violação de uma norma jurídica. Contudo, para que a reparação seja efetiva, a vítima deve voltar ao estado anterior do dano, ou seja, em se tratando de prejuízos materiais a indenização deve ser equivalente ao prejuízo e em se tratando de danos morais a indenização deve ser fixada proporcionalmente.

Para tanto, o Código Civil é regido pela responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo de suma importância que a vítima do dano saiba identifica-las para fundamentar seu direito, pois como será abordado nos próximos tópicos, há hipóteses em que o lesado deverá provar que o autor do dano agiu com culpa e hipóteses em que o Código Civil dispensa o elemento anímico do agente, responsabilizando-o apenas pela efetivação do dano.

1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil depende da existência de alguns pressupostos, que é o mesmo que dizer, alguns requisitos. O artigo 186 do Código Civil disciplina a responsabilidade extracontratual, abordada a seguir e evidencia quatro requisitos essenciais.

O primeiro requisito da responsabilidade é a ação ou omissão do agente.

A ação é um comportamento positivo e a omissão é um comportamento que se caracteriza pela inatividade (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 25). A ação pode ser por ato próprio ou ato de terceiro. A responsabilidade por ato próprio impõe ao agente causador o dever de reparar o dano quando seu ato infringir um dever legal. Já a responsabilidade por ato de terceiro ocorre quando alguém fica sujeito a responder por atos de alguém que esta sob sua guarda (RODRIGUES, 2002, p. 15).

O segundo requisito da responsabilidade é o elemento anímico do agente, a culpa.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. O critério para aferição da diligência exigível do agente e caracterização da culpa é o da comparação de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que precavidamente evita o perigo. A obrigação de indenizar exige que o agente tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência (CC, art. 186) (GONÇALVES, 2008, p. 78).

Ademais:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude (VENOSA *apud* DIAS, 2006, p. 23).

Assim, a responsabilidade civil depende de um comportamento culposo do agente, que se caracteriza pela negligência, imprudência e imperícia, caso em que o autor do dano deverá ter agido com manifesta imprudência, negligência e imperícia. Casos assim a doutrina e o Código Civil chama de responsabilidade subjetiva. Contudo, o elemento da culpa pode ser dispensado, situação em que há previsão da responsabilidade objetiva, que depende tão somente do nexo de causalidade e da efetivação do dano.

Nesta senda, o nexo de causalidade também é um pressuposto da responsabilidade civil como explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço (STOLZE; PAMPLONA *apud* SERPA LOPES, 2006, p. 85).

Deste modo, a responsabilidade só será possível se estabelecer um nexo causal entre o autor do dano e a vítima, razão pela qual o artigo 186 do CC exige o verbo “causar”. O Código Civil adota a teoria dos danos diretos e imediatos, de acordo com o artigo 403 do Código Civil, pois o agente responderá somente pelos danos que resultam diretamente e imediatamente, desde que exista uma relação de causa e efeito (GONÇALVES, 2008, p. 87).

Em síntese, o nexo de causalidade é a ponte de ligação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Como dito, a responsabilidade exige que a conduta do sujeito tenha sido o motivo do dano. Ocorrendo esta hipótese, o autor do dano responderá com base na responsabilidade objetiva.

E, por último, abordar-se-á o requisito do dano.

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano (VENOSA, 2009, p. 33).

O dano que interessa a responsabilidade civil é o dano indenizável, que se traduz em diminuição de patrimônio e prejuízo, de modo que não há diferença entre dano contratual e extracontratual, diferindo-se apenas o dano patrimonial e moral. (VENOSA, 2009, pg. 285).

Sérgio Cavalieri Filho confirma que a obrigação de indenizar só acontece quando o ato ilícito de outrem causa danos, prejuízos à vítima, sendo o dano o centro da responsabilidade civil. Conduto ressalta-se que o dano deve ser efetivo, isto é, lesivo ao patrimônio econômico ou moral. (CAVALHIERI FILHO, 2012, pg. 77).

Portanto, conclui-se que a responsabilidade civil está condicionada a uma conduta ativa ou omissiva. Essa conduta pode ser culposa, caso em que haverá responsabilidade subjetiva. Entretanto, o Código Civil admite caso em que a responsabilidade não depende de um comportamento culposos. É o caso da responsabilidade objetiva, que está condicionada ao

pressuposto do nexo de causalidade que é exatamente a ligação entre conduta do agente e o dano, conforme prevê o art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Para aplicar os pressupostos da responsabilidade, faz-se necessário compreender como a responsabilidade classificada no Código Civil. A seguir, verificar-se-á o primeiro desmembramento da responsabilidade.

1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Esse tópico irá estudar e desmembrar a responsabilidade em contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual nasce de uma relação jurídica preexistente chamada de contrato, e, Silvio Rodrigues manifesta-se sobre a definição de contrato nos seguintes dizeres:

Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto destes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. [...] Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, encontramos na presença de um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos (RODRIGUES, 2002, p. 09).

A partir desse conceito de contrato, qual seja um acordo de vontades que visa produzir efeitos no mundo jurídico, a responsabilidade civil surge quando uma das partes descumpre o dever jurídico estabelecido pela vontade dos contratantes no contrato (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 305).

A responsabilidade do descumprimento de um contrato é abordada da seguinte maneira por Carlos Roberto Gonçalves:

O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos (CC art. 389). Todo inadimplemento se presume culposos. O lesado só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. (GONÇALVES, 2008, p. 21).

No mesmo sentido, se posiciona Maria Helena Diniz:

Quando à responsabilidade contratual se atribui descumprimento ou má prestação de uma atividade à qual alguém estava obrigado em virtude de liame contratual e se esse inadimplemento visava, diretamente, a satisfazer um interesse extrapatrimonial do credor, o dano será também diretamente não econômico. É o que acontece com os danos oriundos da atividade médica, quando o médico responderá contratualmente pela mala praxis (ou má prática da medicina) (DINIZ, 2014, p. 159).

Todavia, a responsabilidade contratual só é prevista se o contrato existente entre as partes for válido e que possível de inexecução no todo ou parte. Ou seja, o contrato não pode padecer de nenhum vício de origem, como por exemplo, a incapacidade de uma das partes e é necessária a inexecução do contrato, qual seja o inadimplemento ou mora (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 311).

Em outras palavras, quis dizer o autor que a responsabilidade civil contratual repousa na validade de um contrato, de modo que se este for nulo não há previsão de responsabilidade.

Como se sabe, todo contrato estabelece uma obrigação. Esta obrigação pode ser quanto ao resultado ou quanto ao meio. Carlos Roberto Gonçalves explica:

Diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto responsabilizar-se por ele. [...] Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso (GONÇALVES, 2002, pg. 10).

O que diferencia as obrigações de meio e de resultado está no fato de que, enquanto a obrigação de resultado obriga o devedor a um resultado certo e determinado, a obrigação de meio o obriga apenas a prestação de todo conhecimento técnico.

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que um contrato é uma declaração de vontade entre as partes que os obriga a um dever jurídico. A responsabilidade surge, portanto, quando um dos contratantes não cumpre a obrigação pré-estabelecida. Todavia, não se pode olvidar que a responsabilidade contratual está condicionada a validade do contrato.

De outro lado, tem-se a responsabilidade extracontratual, e, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é a responsabilidade que deriva da violação de um dever jurídico, ou seja, uma conduta imposta, competindo ao lesado provar a culpa ou dolo do autor do dano (GONÇALVES, 2008, p. 21).

Seguindo esta linha, Sérgio Cavalieri Filho entende que:

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos. Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei [...] (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 17).

Na visão de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém (DINIZ, 2003, p. 459).

O que se conclui a respeito, é que a responsabilidade extracontratual decorre simplesmente da violação de uma conduta imposta por lei. Contudo, a responsabilidade extracontratual depende do elemento anímico do agente, a culpa e o dolo que deverá ser provado pela vítima do dano.

Frisa-se, pois, o interessante entendimento a respeito da diferença entre responsabilidade civil contratual e extracontratual:

Em suma, tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 17).

Em síntese, a responsabilidade contratual é quando uma das partes descumpriu a obrigação imposta no contrato, obrigação esta que será analisada quanto ao resultado pretendido e aos meios empregados para o resultado final. Já a responsabilidade extracontratual está atrelada apenas ao descumprimento da lei. Isto porque, não há contrato entre a vítima e o autor do dano. Todavia, faz-se necessário a prova de que o autor agiu com culpa ou dolo, para fazer-lhe surgir o dever indenizatório.

Para melhor compreensão do tema abordado, o tópico a seguir irá aprofundar o estudo da responsabilidade extracontratual, que se divide em responsabilidade subjetiva e objetiva.

1.4 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Neste ponto, serão analisadas as espécies de responsabilidade extracontratual que se classifica em responsabilidade subjetiva e objetiva.

A responsabilidade subjetiva está condicionada ao elemento da culpa, que segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a culpa decorre da inobservância de um dever imposto por lei. O comportamento culposo decorre de negligência, imprudência e imperícia. Todavia, se a violação da ordem jurídica for proposital, o agente então terá atuado com dolo (STOLZE; PAMPLONA, 2006, p. 123).

O art. 186 do Código Civil ratifica este entendimento ao estabelecer como comportamento culposo a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência capaz de causar dano a outrem.

A ação ou omissão é o aspecto objetivo e mais comum de exteriorização da conduta. A primeira consiste em um comportamento positivo com a destruição de algo por exemplo. Já a omissão caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 25).

Já a negligência é a falta de observância do dever de cuidado, como por exemplo, quando o motorista causa acidente por não ter consertado a lanterna traseira. E a imprudência é quando o agente atua sem a menor cautela e enfrenta o risco desnecessariamente (STOLZE; PAMPLONA, 2006, p. 128).

Segundo Maria Helena Diniz:

O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade (DINIZ, 2003, p. 40)

Entende-se então que a responsabilidade subjetiva se esteia na culpa, que é um comportamento negligente, imprudente ou imperito. Isto é, o dano não teria ocorrido de o

autor tivesse agido com a mínima cautela e cuidado para executar a ação ou se não tivesse se omitido em face de um situação que exigia um comportamento positivo.

A natureza da culpa pode ser contratual ou extracontratual. A primeira decorre do dever ligado a uma relação jurídica obrigacional preexistente. Já a segunda, decorre do dever gerador da lei (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 40).

Neste aspecto, pertinente destacar que a culpa contratual e extracontratual é uma hipótese da responsabilidade contratual e extracontratual. A título de exemplo, no primeiro caso, a responsabilidade decorre do descumprimento de uma obrigação imposta por contrato, mas mediante comportamento negligente, imprudente e imperito do autor do dano, ao passo que na responsabilidade extracontratual o descumprimento de um dever ou violação do mesmo decorre apenas da lei.

Por oportuno, a culpa se classifica em culpa grave, leve e levíssima. A culpa grave é aquela grosseira falta de cautela. A Culpa leve, no entanto, é quando a falta poderia ter sido evitada com o cuidado comum. E, por último, será culpa leve quando faltar ao agente causador do dano, habilidade especial ou conhecimento singular (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 39).

Ademais, o conteúdo da culpa pode ser *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiano*. Ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que culpa *in vigilando* decorre da falta de vigilância daquele que tinha a obrigação de fiscalizar a conduta de terceiro. A Culpa *in eligendo* decorre da má escolha do empregador que confiou a prática de um ato ou adimplemento de uma obrigação. E, a culpa *in custodiendo* consiste na obrigação da guarda de coisas ou animais (STOLZE; PAMPLONA, 2006, p. 130).

Aqui, a responsabilidade repousa sempre em quem tinha o dever ou a obrigação de fiscalizar a conduta de terceiro, de escolher bem o corpo de funcionários de uma empresa e de guardar e manter a coisa, pessoa ou animal.

Não se pode olvidar da culpa presumida e da culpa concorrente. Sobre a culpa presumida, Sérgio Cavalieri Filho explica:

A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus

probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 42).

Por uma simples leitura da citação supramencionada, vê-se que a culpa presumida tem a finalidade de favorecer a vítima do dano. Isto porque, em regra a vítima é quem deverá provar que o autor agiu com culpa. Todavia, pela culpa presumida, a vítima fica “dispensada” de provar que o agente agiu com imprudência, negligência e imperícia.

Por fim, abordar-se-á a culpa concorrente, que é a ocorrência paralela da culpa do agente causador do dano e culpa da vítima, de modo que se houver o dever de indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa (RODRIGUES, 2002, p. 166).

Por todo o exposto, verifica-se que a responsabilidade subjetiva está condicionada ao elemento da culpa, que tem natureza contratual e extracontratual. Para obrigar o autor do dano à indenização, a vítima deverá fundamentar seu pleito na culpa in eligendo, in vigilando e in custodiendo, culpa presumida ou concorrente, devendo ainda observar a classificação da culpa em grave, leve e levíssima.

Entretanto, há hipóteses em que o Código Civil admite a responsabilidade independentemente da culpa, a chamada responsabilidade objetiva.

De acordo com Maria Helena Diniz:

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que produziu. Nela não se cogita de responsabilidade indireta, de sorte que reparará o dano o agente ou a empresa exploradora, havendo tendência de solicitação de riscos, nem do fortuito como excludente de responsabilidade [...] (DINIZ, 2003, p. 53).

O art. 927, parágrafo único do Código Civil prevê expressamente a responsabilidade objetiva nos seguintes termos:

“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”. (BRASIL, 2002)

A responsabilidade objetiva dispensa a conduta culposa, sendo que para sua verificação basta a existência do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente causador, não importando se o agente agiu com dolo ou culpa.

Por oportuno, o referido artigo recepcionou a chamada teoria do risco, que fundamenta ser responsabilidade de reparar os danos causados decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio autor do dano. Neste sentido, explica Sérgio Cavalieri Filho:

Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. “O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza” (José Cretella Junior, Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1991, v. 2, p. 1019) (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 153).

Silvio de Salvo Venosa ainda explica que:

No direito mais recente, a teoria da responsabilidade objetiva é justificada tanto sob o prisma do risco como sob o do dano. Não se indenizará unicamente porque há um risco, mas porque há um dano e, neste último aspecto, em muitas ocasiões dispensa-se o exame do risco. Essa posição harmoniza-se com o que falamos de início quanto à amplitude cada vez maior do dever de indenizar (VENOSA, 2009, p. 14).

Como se vê, o Código Civil prevê hipóteses em que a vítima não deverá provar que o autor do dano agiu com culpa, bastando a verificação da causa do dano e a efetivação do dano. Isto é, para responsabilizar alguém, deve-se provar que a conduta deste causou um dano efetivo. Além do mais, como será ainda abordado, aquele que desenvolver uma atividade perigosa deverá responder pelos danos causados em razão do exercício de sua atividade segundo a teoria do risco.

A seguir, verificar-se-á a responsabilidade direta e indireta.

1.5 Responsabilidade direta e indireta

Em regra a responsabilidade atinge o causador do dano. Quando isto ocorre, estar-se-á diante da chamada responsabilidade direta. Excepcionalmente, o artigo 932 do código civil

admite a responsabilidade indireta, hipótese em que uma pessoa poderá responder pelo fato de outrem.

A respeito, Sérgio Cavalieri Filho aponta que:

Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade pelo fato de outrem (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 205).

A responsabilidade por fato de outrem se subdivide em duas responsabilidades como bem lembra Silvio de Salvo Venosa. A primeira é a responsabilidade do causador do dano que deverá ter agido com culpa ou ter contrariado uma disposição legal no caso de inimputável, menor ou incapaz e a segunda é a responsabilidade da pessoa encarregada de indenizar, ou seja, será responsável o patrão ou o comitente pelos atos de seus empregados no exercício do trabalho ou em razão dele (VENOSA, 2009, p. 73).

O artigo 932 do Código Civil estabelece as bases da responsabilidade por fato de outrem. Maria Helena Diniz, explica que para que haja hipótese da responsabilidade dos pais pelo fato dos filhos menores (artigo 932, I, 933 e 934 do CC) é preciso que o filho seja menor de 18 anos, esteja sob a guarda ou responsabilidade de um dos pais que deverão exercer o poder familiar. Já a responsabilidade do tutor e do curador pelo ato praticado pelo pupilo e curatelado (artigo 932, II, 933 e 934 do CC) é objetiva perante terceiros pelos atos praticados pelos pupilos e curatelados desde que estes estejam sob sua companhia e guarda, fundando-se essa responsabilidade no múnus público, mesmo que provem que não haja culpa de sua parte. A responsabilidade por fato de outrem atinge também o empregador ou comitente pelos atos lesivos de seus empregados ou prepostos (artigo 932, III, 933, 934 do CC) se houver prejuízo causado a terceiro, por fato do preposto, se o preposto cometeu fato lesivo no exercício da profissão, se houver culpa do preposto ou do empregado ou se existir relação de emprego ou dependência entre autor do ato lesivo e o empregador e comitente. Por sua vez, a responsabilidade do hoteleiro e o dono do educandário pelos atos danosos dos seus hóspedes ou educandos (artigo 932, IV, 942 e parágrafo único do CC), pouco importando que haja presunção de culpa *in vigilando ou in eligendo*. Tem-se a ainda a responsabilidade dos participantes, a título gratuito, em produto de crime (artigo 932, V do CC). Ou seja, aquele que receber produto do crime, ainda que não tenha praticado o delito, deverá restituir o produto por caracterizar o enriquecimento ilícito. Por último, a responsabilidade do locador de

automóveis pelos danos causados por ato do locatário a terceiros. A esse respeito, a súmula 492 do STF estatui que “*A empresa locadora de veículos responde civil e solidariamente com o locatário pelos danos por este causados a terceiros, no uso do carro locado*” (DINIZ, 2014, p. 601, grifo do autor).

Justifica Silvio Rodrigues que a responsabilidade indireta encontra alicerce na teoria do risco (modalidade de responsabilidade objetiva) que será abordada nos próximos tópicos. Isto porque, os responsáveis como os pais ou empregadores respondem independente do caráter subjetivo, a culpa. Ou seja, não responderão por que tenham agido com culpa na vigilância, mas sim porque ocorreu o risco do dano, e como este sobreveio, deve responder (RODRIGUES, 2002, p. 64).

Assim, a responsabilidade por fato de outrem esta isenta da culpa, pois é encarada no aspecto objetivo, de modo que os responsáveis elencados no artigo 932 do Código Civil serão responsabilizados pelos danos causados por outrem, uma vez que assumiram o dever de vigilância.

Isto quer dizer que, o agente causador do dano será o responsável pela reparação civil, salvo as hipóteses do art. 932 do Código Civil, que admite a responsabilidade indireta quando a obrigação de reparar o dano recair sobre terceiro por decorrer de um vínculo legal.

Para auxiliar o presente estudo do instituto da responsabilidade, faz-se necessário abordar as teorias da responsabilidade. A primeira apontada a seguir será a teoria do dano.

1.6 Teoria do Dano

Para Sérgio Cavalieri Filho, o dano é o centro da regra da responsabilidade civil, de modo que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não responsabilidade sem dano. A indenização só é justa se houver o dano, pois caso contrário, a indenização importaria em enriquecimento ilícito (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 76).

Neste contexto, Maria Helena Diniz diz que o “*dano é a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral*” (DINIZ, 2014, p. 142).

Carlos Roberto Gonçalves também conceitua o dano e diz que:

Dano, em sentido amplo, é a lesão de qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral. É toda desvantagem ou diminuição que sofrermos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, crédito, honra, dignidade, imagem, etc.) (GONÇALVES, 2008, p. 88).

A lesão a um bem jurídico pode ser direta ou indireta. O dano direto é aquele que atinge somente a vítima, enquanto que o dano indireto é causado à pessoa diversa, mas reflete no lesado (GONÇALVES, 2008, p. 89).

O dano ainda se divide em dano patrimonial e dano moral.

O dano patrimonial é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrange o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) e o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso) (DINIZ, 2014, p. 143).

Também no entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio d vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 77).

O dano patrimonial, suscetível de avaliação pecuniária, está previsto no artigo 402 do Código Civil, pois estabelece que o dano patrimonial possa ser a título de lucro cessante ou dano emergente. Lucro cessante é definido por Sérgio Cavalieri Filho como:

[...] perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 79).

Já o dano emergente, nas palavras ainda de Sérgio Cavalieri Filho “*importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito*” (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 78).

Por sua vez, o “*dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo*” (DINIZ, 2014, p. 146).

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a

honra, a dignidade etc. (CF, arts. 1º, III, e 5º, V e X) e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. Tem prevalecido o entendimento dos que vislumbram, na indenização do dano moral, duplo caráter: compensatório para vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de consolo, de compensação para atenuar o sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto (GONÇALVES, 2008, p. 119).

Conclui-se, portanto, que o dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial consiste na perda do patrimônio que se dá por dano emergente e lucro cessante. Já o dano moral ocorre quando a conduta do autor do dano é capaz de causar dor, sofrimento, aborrecimento que ultrapassa situações do cotidiano, tristeza, etc.

A seguir, analisar-se-á a teoria da perda de uma chance.

1.3 Teoria da Perda de uma chance

O ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se do termo chance. Contudo, a perda de uma chance que nasceu das explorações dos juristas franceses, tem seu termo original como a perda de uma oportunidade ou expectativa (VENOSA, 2009, p. 290).

A perda de uma chance caracteriza-se quando, desaparece uma probabilidade de um benefício futuro do em virtude de uma conduta de outrem. Todavia, a perda da chance de uma progressão na carreira artística ou militar, de um emprego melhor, por exemplo, devem ser sérias e reais (CAVALHIERI FILHO, 2012, pg. 81).

De acordo com Miguel Kfourri Neto:

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo e certeza na probabilidade. A chance perdida deve ser “séria”, ou “real e séria”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá de grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria (KFOURI, 2010, p. 70).

Compartilha deste entendimento, Sérgio Cavalieri Filho da seguinte maneira:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultando de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo

lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário, estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 81).

Verifica-se, portanto, que quando a vítima perder a oportunidade de obter uma situação futura melhor seja material ou imaterial, desde que fato consumado e real, o causador do prejuízo deverá ser responsabilizado sob a ótica da teoria da perda de uma chance.

Pertinente destacar que a teoria da perda de uma chance está intimamente ligada ao lucro cessante, pois ambas tiram da vítima através de um ato ilícito uma situação futura melhor.

A seguir, abordar-se-á outra importante e última teoria da responsabilidade objetiva, a teoria do risco objetivo.

1.4 Teoria do Risco

A melhor definição de risco é perigo e ameaça o que significa dizer de maneira rasa que a teoria do risco trata-se de da probabilidade de um acontecimento.

No ponto de vista de Sérgio Cavalieri Filho:

Risco é perigo, probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 152).

Como supramencionada, a teoria do risco não depende do elemento da culpa, sendo que sua aplicação está sedimentada na responsabilidade objetiva.

A teoria do risco foi desenvolvida pelos juristas franceses por entenderem que a responsabilidade fundada apenas na culpa se mostrava insuficiente para reparar os danos sofridos pela vítima. A teoria foi aplicada inicialmente na área do acidente do trabalho, mas ampliou-se rapidamente abrangendo todas as situações em que a atividade desenvolvida produzia um risco a terceiros (MELO, 2008, p. 23).

Assim, entende-se a teoria do risco a responsabilidade daquele que expôs terceiro a um perigo em razão de uma atividade por ele desenvolvida.

A teoria do risco pode ser classificada em risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e risco integral.

O *risco proveito* ocorre quando alguém retira um proveito ou vantagem do dano. Todavia, há dúvidas sobre o que envolve o proveito, pois, se tiver sentido de vantagem econômica, a responsabilidade ficará restrita aos comerciantes. O *risco profissional* é a modalidade que sustenta o dever de reparação ocorre quando o fato lesivo é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Destarte, o empregador será responsável independentemente de culpa. O *risco excepcional* ocorre quando escapa a atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. Por sua vez, o *risco criado* é o dever de reparação que surge para aquele que cria um perigo a outrem em razão de sua atividade ou reparação. Por último, o *risco integral* é a modalidade que sustenta o dever de reparação mesmo quando ausente o nexo de causalidade. Assim, ainda que culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, a vítima tem o direito a ser indenizada. Todavia, em razão do seu extremo, essa teoria é adotada somente em casos excepcionais (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 153).

Em uma visão mais sucinta, verifica-se que a teoria do risco é uma modalidade de responsabilidade objetiva que foi criada para proteger aquele que exerce uma atividade criadora de riscos especiais.

CAPÍTULO 2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Este capítulo tem como principal objetivo transcorrer sobre a responsabilidade civil do médico. Primeiro, abordar-se-á a classificação da atividade médica como profissional liberal. Em um segundo momento, verificar-se-á a natureza da atividade médica e a aplicação da responsabilidade dos profissionais da saúde em face do erro médico.

2.1 O médico como profissional liberal

Para caracterizar um profissional liberal, devem ser observados alguns requisitos. Dentre eles, destacamos a autonomia profissional sem subordinação, a prestação pessoal dos serviços, a elaboração de regras pessoais de atendimento e atuação lícita e eticamente admitida. A prestação de serviços exercida pelos médicos é de forma pessoal e livre de qualquer subordinação, ressalvada as hipóteses em que profissional na saúde atuar como empregado do hospital (TARTUCE; NEVES, 2013, p.126).

Seguindo essa linha, Nehemias Domingos de Melo define o médico profissional liberal como:

[...] prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera. Dentre estes pode enquadrar o médico, (com algumas exceções), o advogado, o engenheiro, o dentista e o arquiteto. Verifica-se, assim, que somente o profissional que age em nome próprio pode se beneficiar da exceção legislativa do Código de Defesa do Consumidor, não se podendo estender tal preceito às pessoas jurídicas às quais estejam vinculadas ou prestem serviços (MELO, 2008, p. 13).

De outro lado, considera-se não profissional liberal:

[...] as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas, etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do CDC, 14, parágrafo 4º, se o for intuito personae. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviços o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, à responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva (MELO *apud* NERY JUNIOR, 2008, p. 119).

Será então profissional liberal o médico que atua como seu próprio patrão, tendo a faculdade de escolher seu horário de atendimento e em que área pretende atuar, desde que a atuação seja lícita e ética.

Imperioso destacar que a liberdade de atuação do médico o coloca na posição de prestador de serviços, de acordo com o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto pertinente sua aplicação. Ocorre que em se tratando de responsabilidade, em regra o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva.

Contudo, a doutrina e o próprio Código de Defesa do Consumidor aplica uma exceção aos profissionais liberais, entendendo que neste caso o médico responderá apenas por culpa já que a proteção legal do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor, recai apenas sobre a pessoa física (MELO, 2008, p. 121).

Ante o exposto, verifica-se que será o médico profissional liberal quando sua atuação não for em razão de uma relação de emprego. Tendo em vista que nessa condição o médico tem completa autonomia de exercício, sua atividade o faz ser um prestador de serviços em face do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, mesmo sendo um fornecedor a responsabilidade será subjetiva e não objetiva como é a regra.

A relação estabelecida entre médico e paciente, trata-se de um contrato. Que tipo de contrato e que responsabilidade dele faz surgir, verificar-se-á no tópico a seguir.

2.2 Natureza jurídica do serviço médico

A relação entre médico e paciente é estabelecida através de um contrato. A respeito, Nehemias Domingos de Melo diz que:

O contrato de serviços médico é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva, isto é, o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar pelas mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal. A relação pode ser estabelecida a partir da consulta marcada com a secretária do médico ou a partir da chamada do médico por ato do próprio paciente ou de alguém em nome dele, dentre outras formas (MELO, 2008, pg. 66).

No que diz respeito ao momento da celebração do contrato, pondera-se que pode ocorrer em um chamado de urgência mesmo sem o consentimento do paciente.

Embora possa se considerar um tipo de contrato *sui generis*, a natureza do serviço médico é contratual, o que caracteriza uma obrigação de meio. Isto quer dizer que o

profissional da saúde não se vincula diretamente ao resultado do serviço prestado. Todavia, isto não isenta o médico do dever de prestar um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis (MELO, 2008, p. 78).

Em relação ao descumprimento da obrigação estabelecida no contrato, a responsabilidade pode ser pelo resultado que não foi alcançado ou pelos meios e técnicas empregadas que não alcançaram o resultado pretendido.

Washington de Barros Monteiro entende que na obrigação de resultado, “*obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo*”. Na obrigação de meio, “*o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato*” (TARTUCE; NEVES *apud* MONTEIRO, 2013, p. 126).

Entende Maria Helena Diniz:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscientes e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão (DINIZ, 2014, p.348).

Assim, pode-se afirmar que em regra a obrigação do médico é de meio, pois ele não possui capacidade técnica para garantir um resultado ao paciente, como por exemplo, a cura de uma doença. Todavia, embora o médico não tenha a obrigação de alcançar determinado resultado, deve-se obrigar a utilizar-se de todos os meios possíveis para o tratamento do paciente, de acordo com o seguinte entendimento.

[...] o profissional tem também um dever de empenho que supera em muito o conceito jurídico de contrato de meio na exata medida em que se exige do profissional que demonstre que houve a correta aplicação de todos os meios materiais e profissionais aplicáveis à espécie e que, além deles, mais não se fez porque não foi possível, embora se tenha procurado e tentado a exaustão (MELO, 2008, p. 79).

A exceção fica por conta da obrigação de resultado. Ocorre nos casos em que o médico se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. É o caso da cirurgia estética, pois o objetivo do paciente é melhorar a aparência. Neste caso a responsabilidade do

médico que a realiza a cirurgia 100% estética é subjetiva com culpa presumida. Caso diferente ocorre na cirurgia reparadora, que tem por objetivo a correção de alguma deformidade física, caso em que o médico não poderá comprometer o resultado pretendido. Aplica-se a este caso a responsabilidade subjetiva com culpa provada. (CAVALHIERI FILHO, 2012, pg. 415).

Portanto, na obrigação de meio o credor (o paciente) deve provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma presunção de culpa, que poderá ser elidida, mediante demonstração da existência de causa diversa (KFOURI, 2010, p. 191).

Como se vê, a doutrina já pacificou o entendimento de que a responsabilidade do médico é contratual e comporta duas obrigações, de meio e de resultado. Em regra a obrigação será de meio e o médico responderá subjetivamente, mas em se tratando de cirurgia estética, a obrigação será de resultado e o médico responderá objetivamente ou então culpa presumida.

2.3 Do erro médico

A princípio, erro consiste em um engano, equívoco, falha humana, inexatidão, mau comportamento, falsa doutrina, etc. Pois bem. Entre inúmeras definições, frisa-se falha humana por se aproximar mais do contexto.

No campo da medicina, a falha humana é definida como erro médico. Esse erro se torna perceptível através da negligência, imprudência e imperícia do médico.

Médico imprudente é aquele que não usa as cautelas necessárias, toma atitudes precipitadas, vindo a causar graves danos ou até a morte do paciente. A negligência médica ocorre quando o profissional não observa os cuidados e normas técnicas aplicáveis, como uma espécie de preguiça psíquica. E, por último, a imperícia é quando se espera uma conduta compatível com o exercício da profissão, mas por incompetência e ignorância profissional, o paciente é prejudicado (MELO, 2008, p.80).

Como já abordado no capítulo anterior, imprudência, negligência e imperícia decorre de um comportamento culposos, abrindo uma exceção no que diz respeito à responsabilidade dos médicos. Em regra, o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva, mas aos profissionais liberais, como no caso, o médico, a responsabilidade será

subjetiva, de acordo com o exposto no artigo 14, parágrafo 4º (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 404).

Não se pode olvidar que o erro médico pode ser grosseiro, quando aceitável a pessoa comum, mas imperdoável ao profissional da saúde, sendo condenável sob a forma mais negligente. E, pode ser escusável, quando o erro decorre de limitações da medicina ou insuficiência de informações do próprio paciente que não colaboram para o correto processo de diagnóstico ou tratamento. Nesse último caso, embora o erro exista, ele será considerado intrínseco a profissão e o médico não será responsabilizado (MELO, 2008, p. 83).

Sobre a responsabilidade do erro médico, Maria Helena Diniz conclui:

Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provas a imprudência ou imperícia ou negligência (RT, 784:390), nem o erro grosseiro, fica a afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo de presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares [...] (DINIZ, 2014, pg. 341, grifei).

Neste sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo;

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL – ERRO MÉDICO – APLICABILIDADE DO CDC – ATO CIRÚRGICO BEM SUCEDIDO – NEGLIGÊNCIA AO PRESCREVER ALTA DA PACIENTE COM FORTES DORES ABDOMINAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. 1. No que tange ao procedimento cirúrgico realizado a recorrente não incorreu em qualquer modalidade culposa, mostrando-se adequada a via eleita pela médica. 2 – a responsabilidade da médica encontra-se demonstrada na modalidade negligência, na medida em que prescreveu a alta da paciente mesmo tendo conhecimento das reclamações de fortes dores abdominais. 3 – configuração dos danos morais e materiais, de modo que deve ser mantido o quantum indenizatório arbitrado pelo MM. Juiz monocrático. Decisão mantida. 4 – Recurso improvido. (TJES – AC 14050069906 – Terceira Câmara Cível – Relª Desª Subst. Elisabeth Lordes – j. 04.09.2007 – DJES 19.09.2007, p.17). (MELO, 2008, p. 94, grifei).

Como se vê, a responsabilidade por erro médico depende de um comportamento culposo, baseado em negligência, imprudência e imperícia, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Em se tratando de erro escusável, o médico não poderá ser responsabilizado por culpa, tendo em vista que erro se deu em razão de limitações da própria medicina. Seguindo essa linha, a seguir, abordar-se-á o erro de diagnóstico e qual a responsabilidade.

2.3.1 Erro no diagnóstico

O diagnóstico do paciente é um dos momentos mais importantes na atividade médica, pois para estabelecer a terapia adequada, se faz necessário saber a natureza da enfermidade e sua gravidade. O diagnóstico realizado consiste em coletar dados através de exames e sintomas e na interpretação dos resultados obtidos coordenando-os e relacionando-os entre si. Em suma, “*o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado*” (KFOURI, 2010, p. 91).

Em outras palavras o diagnóstico é o ponto de partida para o tratamento de uma doença. Ocorre que, inúmeras são às vezes em que um médico diagnostica de forma errônea. Ou seja, é o caso, por exemplo, de um paciente sofrer de uma doença X e ser tratado como se fosse portador de doença Y. Na visão de Miguel Kfoury Neto, erro de diagnóstico:

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado (KFOURI, 2010, p. 92).

No tocante a responsabilidade, não é o erro em si que o juiz deverá observar, mas sim se o médico teve culpa, se utilizou de todos os meios necessários, como exames radiológicos e laboratoriais, utilizando-se também para dar o seu julgamento final o auxílio de peritos e testemunhas (KFOURI, 2010, p. 93).

O erro de diagnóstico pode ser evitável e inevitável. Fernanda Schaefer faz essa diferenciação da seguinte maneira:

Pode-se então dividir o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves; portanto, não são puníveis (KFOURI *apud* SCHAEFER, 2010, p. 93).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz diz que:

O erro de diagnóstico escusável ante o estado atual da medicina isenta o médico de qualquer responsabilidade, mas, se grosseiro, levará o médico a responder por isso. P.ex: se tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte. Ao dar seu diagnóstico, o médico deverá agir com prudência e reflexão (DINIZ, 2014, pg. 347).

Diante desse contexto, o que se pode concluir é que a vida de um paciente depende muito do acerto do diagnóstico. Contudo, existindo o erro, deve-se observar se o erro poderia ser inevitável devido às limitações da medicina ou se evitável, caracterizada quando o médico não observou todos os meios necessários para diagnosticar a real doença, surgindo para este a responsabilidade civil de reparar os danos ocasionados em razão de sua má conduta.

Sobre o tema, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DANO MORAL – ERRO MÉDICO – ERRO GROSSEIRO DE DIAGNÓSTICO – PROCEDIMENTOS INCORRETOS – MORTE DE RECÉM – NASCIDO, Negligência. Caracterização. Indenização devida. Responsabilidade da prestadora de serviços de saúde. Reconhecimento. Recurso provido. (TJSP – APL 245.979-4/9 – Jundiaí – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zulani – j. 30.03.2006) (MELO, 2008, p. 96, grifei).

Também se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DANO MORAL – ERRO MÉDICO – FALSO DIAGNÓSTICO – CIRURGIAS INDEVIDAS. PARAPLEGIA – QUANTUM COMPENSATÓRIO MANTIDO. Mesmo que se tenha como certo que a paraplegia decorreu do não tratamento imediato à doença de que a paciente era portadora, em face de diagnóstico errado e submissão a cirurgias indevidas, evidencia-se o nexo de causalidade entre o erro médico e as desastrosas consequências havidas. Para a fixação do quantum indevido a título de danos morais, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função, compensatória e penalizante, além do fato de que a indenização não se presta a propiciar o enriquecimento do lesado. (TJDF – AC 2003.01.1.087811-9 (Ac. 282845) Segunda Turma Cível – Rel^a Des^a Carmelita Brasil – DJU 02.10.2007, p.110) (MELO, 2008, p. 95, grifei).

Entendido que o médico como profissional liberal é um prestador de serviço, em face do erro aplica-se a responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como será visto a seguir.

2.4 Responsabilidade civil na prestação do serviço médico à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor

De acordo com o artigo 3º, caput do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor é a pessoa física ou jurídica que fornece algum produto ou presta serviços. Por sua vez, serviços, segundo o parágrafo 2º do referido artigo, é qualquer atividade oferecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Antonio Junqueira de Azevedo explica o significado de atividade:

Atividade, noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim conjunto de atos. Atividade foi definida por Túlio Ascarelli como a “série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum” (Curso di diritto commerciale. 3. Ed. Milano: Giuffrè, 1962. P. 147). Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige ad incertam personam (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõe (TARTUCE E NEVES apud AZEVEDO, 2013, p. 68).

Diante dessa colocação, é possível afirmar que a atividade desenvolvida pelo profissional da saúde é uma prestação de serviço, por haver a conduta médica uma pluralidade de atos, uma finalidade de tratamento que coordena os atos do serviço oferecido. Portanto, o médico adquire características de prestador de serviços, sendo-lhe aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem. Superada a discussão sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao médico profissional liberal, discorrer-se-á a partir de agora sobre a responsabilidade do médico minuciosamente.

Em regra, o Código de Defesa do Consumidor, adota a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, de acordo com Nehemias Domingos de Melo:

O Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva como fundamento da reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumos (arts. 12 a 14) e o fez embasado na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Por essa teoria, “quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais conseqüências danosas a outrem, em toda a sua integralidade (MELO, 2008, pg. 11).

Todavia, a exceção prevê que os profissionais liberais que prestam serviço respondem subjetivamente, mediante comprovação de culpa.

Dessa forma, em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia (MELO, 2008, p. 13).

A responsabilidade dos profissionais da saúde está disciplinada no art. 951 do Código Civil, que estabelece que a indenização seja devida quando do exercício da profissão resultar em morte, mal, lesão ou inabilidade para o trabalho por negligência, imprudência ou imperícia do profissional.

Nesta senda, o Código de Defesa do Consumidor defende a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, consoante art.14º parágrafo 4º.

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

O Código de Defesa do Consumidor diferencia a responsabilidade civil em responsabilidade pelo vício do produto e serviço e responsabilidade pelo fato do produto e serviço. O serviço será defeituoso quando não fornecer a segurança esperada pelo consumidor, levando-se em consideração o modo em que o serviço foi fornecido, bem como o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, consoante artigo 14, parágrafo 1º da Lei 8.078/1990, devendo lembrar que, no fato do serviço, a responsabilidade civil dos profissionais liberais somente existe se houver culpa, de acordo com o referido artigo 14, parágrafo 4 da Lei 8.078/1990 (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 164).

A responsabilidade do fornecedor de serviços pelo acidente de consumo é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, a menos que o agente causador do prejuízo moral puro ou cumulado com o patrimonial seja profissional liberal, caso em que a sua responsabilidade poderá ser subjetiva [...] Qualquer fornecedor de serviços, em princípio, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor, salvo o profissional liberal [...] (TARTUCE; NEVES *apud* LISBOA, 2013, p. 164).

Conclui-se, portanto, que embora o Código de Defesa do Consumidor adote a responsabilidade objetiva para os fornecedores de serviço, aplica-se a responsabilidade subjetiva quando se tratar de profissional liberal, o que é o caso do profissional da saúde, que somente responderá pelo acidente de consumo se restar provado que agiu com culpa.

CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL, CLÍNICAS E SIMILARES

Este capítulo tem como objetivo abordar a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares. Para tanto, faz-se necessário caracterizar o hospital como prestador de serviços e o paciente como consumidor. A falha da prestação dos serviços pode ser inúmeras as hipóteses. Contudo, na presente abordar-se-á a responsabilidade do hospital em face do erro médico como um todo, mais especificamente a responsabilidade do hospital por médicos empregados, por recusa de atendimento e por infecção hospitalar.

3.1 Hospital como fornecedor de serviços

Hospital é uma universalidade de fato, por um conjunto de atividades que inclui instalações, aparelhos e profissionais da saúde e da administração. Em relação aos serviços prestados pelo hospital, estes consistem em hospedagem, alimentação, medicamentos, equipamentos necessários para o tratamento adequado e outros serviços prestados por auxiliares da administração e enfermagem (MELO, 2008, pg. 114).

Assim, pode-se afirmar que o hospital e seus serviços consistem em atendimento médico, realização de exames laboratoriais, procedimentos cirúrgicos, bem como a internação, além dos serviços de limpeza, administração e diretoria. Cada serviço é prestado por um empregado especializado, por exemplo, parto por um médico obstetra que certamente não pode ser realizado por um médico que não atende a capacidade técnica ou por um membro da administração.

Em razão disso e sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, o hospital assume posição de fornecedor pelos serviços prestados:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990, grifei).

Por conseguinte, a prestação de serviços é definida no parágrafo 2º do referido artigo, como:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Ou seja, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que presta serviços de forma onerosa ou gratuita. É o caso do hospital, uma pessoa jurídica que fornece serviços de atendimento médico, hospedagem, alimentação, etc., mediante remuneração ou não.

De outro lado, está o paciente como consumidor destes serviços prestados. Estabelece o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990).

A respeito, Silvio de Salvo Venosa comenta que:

O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei 8.078/90. O médico ou a pessoa jurídica que presta serviço coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º. O § 2º deste último artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do Código de Defesa do Consumidor: serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração (VENOSA, 2009, p. 129).

Todavia, não se pode olvidar que o serviço prestado pode ser por fornecedor público ou fornecedor privado.

Em se tratando de um hospital privado que se mantém com os próprios recursos, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a discussão fica por conta da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos que são prestados por um hospital mantido com recursos do Estado.

Como bem explica Flávio Tartuce Neves e Daniel Amorim Assumpção Neves, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor abrange todos os serviços públicos, enunciando que as concessionárias, permissionárias, empresas, são obrigadas a fornecer serviços de qualidade, pois sendo estes serviços falhos, o Estado responderá nos termos do CDC (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 106).

A prestação de serviço público a que se refere este estudo é a saúde. O Brasil adota o Sistema Único de Saúde (SUS) que garante acesso integral, universal e gratuito a saúde pública, como uma espécie de convênio, e, toda vez em que um paciente (consumidor) dos

serviços deste “convênio” for lesado, o Estado responderá objetivamente pelos prejuízos causados por seus agentes.

Diante disso, vê-se que o hospital assume posição de fornecedor de serviços que podem ser públicos ou privados. Nos dois casos, a responsabilidade do hospital será objetiva com aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, este tema ainda será abordado minuciosamente nos próximos tópicos. Portanto, a priori, importante compreender e ratificar que o hospital é um prestador de serviços de hospedagem, atendimento médico e etc., e o paciente é o consumidor.

3.2 O contrato de prestação de serviços médico-hospitalar

Para definir a relação entre médico, hospital e paciente, deve-se manter em mente que o hospital e o médico são prestadores de serviços, como preceitua o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, o paciente se enquadra como consumidor por ser utilizar do serviço médico-hospitalar como destinatário final de acordo com artigo 2º, nascendo daí uma verdadeira relação de consumo.

Seguindo essa linha, Nehemias Domingos de Melo diz que:

[...] entre hospital e paciente se estabelece uma perfeita relação de consumo. Pelo contrato de prestação de serviços médico-hospitalar temos de um lado o consumidor (paciente) e de outro lado o fornecedor (hospital), de tal sorte que na eventualidade de falhas na prestação destes serviços devem ser aplicadas, primacialmente, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e, subsidiariamente, as do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/02) (MELO, 2008, p. 114).

Dessa relação de consumo nasce o contrato da prestação de serviços médicos e hospitalares, que por sua vez acontece quando o paciente dá entrada no hospital. Quando o hospital recebe o paciente, firma um contrato de prestação de serviços, que pode ser escrito ou mesmo verbal, o qual obriga o hospital a prestar serviços de qualidade, tais como alimentação, hospedagem, medicamentos, equipamentos e outros serviços como atendimento de enfermagem e administração (MELO, 2008, p. 114).

Portanto, a natureza jurídica da relação médico-hospitalar com o paciente é contratual, mais especificamente, trata-se de uma relação consumerista nos moldes dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, diante da relação contratual das partes, verificar-se-á a responsabilidade dos prestadores de serviços.

3.3 Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares

Como se sabe, a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares é objetiva, por força do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Isto quer dizer que a responsabilidade dos hospitais não depende da comprovação de culpa, bastando para tanto a ocorrência do nexo de causalidade e do dano.

Segundo Silvio de Salvo Venosa:

Deve ser entendida como responsabilidade médica não somente a responsabilidade individual do profissional, mas também a dos estabelecimentos hospitalares, casas de saúde, clínicas, associações e sociedades de assistência, pessoas jurídicas, enfim, que, agindo por prepostos em atividade cientemente diluída, procuram amiúde fugir de seus deveres sociais, morais e jurídicos. O defeito ou falha da prestação de serviços médicos independe de culpa, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (VENOSA, 2009, p. 130).

Compartilha deste entendimento, Genival Veloso de Franca ao dizer que:

Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). **Basta o nexo causal e o dano sofrido. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos** (artigo 14, caput, do CPDC). A não ser que exista culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros não prepostos, representantes ou empregados do fornecedor ou prestador de serviços. Nesse particular, só há culpa in eligendo ou in vigilando. O terceiro de que trata a presente lei é aquele sem qualquer relação jurídica com o fornecedor (VELOSO, 2014, grifei).

Assim, assumindo o hospital a posição de prestador de serviços e o paciente a posição de consumidor, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor quando houver falha na prestação do serviço, conforme prevê o artigo 14, parágrafo 1º:

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

I – o modo do seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido (BRASIL, 1990).

Embora já consolidado na doutrina e na jurisprudência a aplicação do CDC em face dos hospitais, Nehemias Domingos de Melo faz uma interessante observação:

Muito embora não seja o caso, mas tão-somente a título de melhor esclarecer a matéria, ainda que afastássemos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações hospitalares, e aplicássemos exclusivamente o Código Civil, ainda assim, a responsabilidade do hospital seria objetiva com base na combinação da doutrina da culpa *in vigilando*, da culpa *in elegendo* e da culpa *in custodiendo* (art. 932, III e IV c/c art. 933) (MELO, 2008, p. 122).

De acordo com a teoria da culpa *elegendo*, é possível responsabilizar o hospital pela má escolha do seu representante, funcionários e prepostos. Assim, a responsabilidade do hospital seria com base na culpa presumida, de acordo com a súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Já a culpa *in vigilando* refere-se à falta de controle e vigilância do hospital que deve ser exercida sobre seus funcionários, e, por fim, a culpa *in custodiendo* decorre da falta de atenção e cuidado na guarda do paciente que se hospeda no hospital (MELO, 2008, p. 123).

Em relação aos hospitais públicos, considerando o disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada [...]” combinado com o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal que diz que: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, a responsabilidade será objetiva. Os tribunais tem se posicionado no sentido de que havendo falha na prestação do serviço público, embora seja o caso de erro médico, a responsabilidade dos hospitais será objetiva (MELO, 2008, p. 125).

Nesta mesma linha de raciocínio, o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL E PROCESSO CIVIL – INDENIZAÇÃO – HOSPITAL PÚBLICO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA CESARIANA – APLICAÇÃO DE ANTI-INFLAMATÓRIO EM VEZ DE ANESTESIA – SEQUELAS NA

PACIENTE – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO VOLUNTÁRIA DO DF – INADEQUAÇÃO FORMAL – REMESSA NECESSÁRIA – IMPROVIMENTO. 1. Incumbe ao apelante zelar pela regularidade formal do recurso, pois se juntado aos autos de forma incompleta, impõe-se a negativa de seguimento. 2. **Na seara da responsabilidade objetiva do estado, basta a prova do dano e do nexo causal com a conduta do agente público no exercício de suas funções, para que se justifique a indenização pelos danos sofridos pelo jurisdicionado.** 3. Recurso voluntário não conhecido. 4. Remessa de ofício conhecida e provida. (TJDF – APC 20020110154356 – 4ª T. Cív. Rel. Des. Cruz Macedo – DJU 25.10.2005 – p. 109) (MELO, 2008, p. 138, grifei).

Contudo, embora seja este o entendimento jurisprudencial, Silvio de Salvo Venosa aponta que:

O Estado terá direito de regresso contra o médico se este tiver agido com culpa. Na responsabilidade civil do Estado, em matéria de atendimento médico, o que estará em jogo é a chamada falta de serviço público causadora de dano ao particular, e não a responsabilidade de um agente público em particular (VENOSA, 2009, p. 135).

Em outras palavras, a responsabilidade do Estado não é pelo agente causador do dano, mas sim pela falha da prestação de um serviço público, caso em que se admite direito de regresso contra o médico autor do dano.

3.3.1 Responsabilidade civil dos hospitais pelos atos de médicos com vínculo empregatício

Por força do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, o hospital qualifica-se como fornecedor de serviços prestado por seus médicos, prepostos e funcionários. Os danos que forem causados a pacientes por qualquer empregado do hospital, será de responsabilidade deste, pela teoria da responsabilidade por fato de outrem ou por fato de terceiro, como já abordado no primeiro capítulo. Contudo, ainda que a responsabilidade do hospital fosse abordada somente no âmbito civil, os hospitais seriam igualmente responsabilizados pelos atos de seus prepostos, nos termos do art. 932, III (VENOSA, 2009, p. 136).

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; (BRASIL, 2002).

Genival Veloso de Franca explica:

No que diz respeito aos médicos que tenham vínculo empregatício com pessoas jurídicas de direito público ou privado, a exemplo das clínicas e hospitais, a reparação civil por dano culposo será argüida dos respectivos estabelecimentos de saúde (C.C, artigo 1.521 , III) , combinado com os artigos. 3º e 14 do CPCD. Ainda assim, terão as empresas médicas direito de regresso, conforme estabelecem as Súmulas 187 e 188 do STF. Sobre o assunto, reporta-se Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin: "O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalha em hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente" (in Comentários ao Código do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, pag.. 80) (VELOSO, 2014).

Conclui Miguel Kfourri Neto:

Em suma, existindo vínculo empregatício entre médico e a casa hospitalar, a vítima demandaria a reparação em face do estabelecimento, apenas provada a efetiva ocorrência do dano, incumbindo ao hospital provar as excludentes do art. 14, parágrafo 3º, como único modo de se exonerar do encargo (KFOURI, 2010, p. 211).

Isto quer dizer que, estando o hospital em posição de empregador e ocorrendo qualquer espécie de dano causado por médico empregado a paciente que estiver sob sua guarda e hospedagem, a responsabilidade será objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor combinado com o art. 932, III do Código Civil.

Entretanto, a responsabilidade poderá atingir também o médico que se utiliza do estabelecimento para realizar cirurgias, sem que tenha vínculo empregatício com o hospital. Ainda assim, é mais válido acionar judicialmente a pessoa jurídica, tendo em vista que o lesado não precisará provar a culpa (VENOSA, 2009, p. 136).

Portanto, o médico empregado que causar dano a outrem será acionado judicialmente como pessoa física para reparar o dano nos limites da responsabilidade subjetiva. Porém, no tocante ao hospital, a responsabilidade será objetiva, tendo em vista a responsabilidade por fato de outrem.

3.3.2 Responsabilidade civil dos hospitais pela recusa no atendimento

O comportamento dos hospitais que se aproveitam da necessidade do paciente condicionando o atendimento hospitalar mediante pagamento ou qualquer tipo de contrato

excessivamente desvantajoso ao paciente tem se tornado padrão. Em razão disso, a Agência Nacional de Saúde adotou a resolução normativa 44/2003 que estabelece o seguinte:

Art. 1º Fica vedada, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço (BRASIL, 2003).

Todavia, não parecendo o bastante, em 2012 foi criada uma nova figura típica, reforçando e agora prevendo a criminalização do hospital que se recusar a prestar atendimento emergencial nos seguintes termos:

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte (BRASIL, 1940).

Em atenção ao dispositivo supramencionado, o Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal decidiu:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXIGÊNCIA DE CHEQUE CAUÇÃO PARA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL - PRÁTICA ABUSIVA - CONDOTA ATUALMENTE TIPIFICADA COMO CRIME - ASSINATURA DE CONTRATO - ESTADO DE PERIGO - CLÁUSULA MORALMENTE INCABÍVEL - DANO MORAL EXISTENTE - VALOR - FIXAÇÃO - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA. 1) - A EXIGÊNCIA DE CHEQUE CAUÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA INTERNAÇÃO DE EMERGÊNCIA É PRÁTICA ABUSIVA, DEVENDO O HOSPITAL QUE ADOTA ESSE TIPO DE CONDOTA SER CONDENADO AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. 2) - O FATO DE NÃO EXISTIR, NA ÉPOCA DA INTERNAÇÃO, A LEI 12.653/2012, QUE CRIMINALIZA A EXIGÊNCIA DE CHEQUE CAUÇÃO, NÃO SIGNIFICA DIZER SER A CONDOTA MORALMENTE CABÍVEL. 3) - ASSUMINDO A PARTE OBRIGAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA, PREMIDA DA NECESSIDADE DE SALVAR PESSOA DA FAMÍLIA, INVIÁVEL SE FALAR NA VALIDADE DO CONSENTIMENTO QUANTO À CLÁUSULA QUE EXIGIA CHEQUE CAUÇÃO PARA A INTERNAÇÃO. 4) - CONSIDERANDO-SE QUE A INTERNAÇÃO FOI REALIZADA E QUE O TEMPO ENTRE A ADMISSÃO DO PACIENTE E A REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS FOI SÓ DE 30 (TRINTA) MINUTOS, MESMO

DIANTE DOS TRANSTORNOS SOFRIDOS COM A EXIGÊNCIA DO CHEQUE O VALOR DE R\$5.000,00(CINCO MIL REAIS), PARA REPARAR O DANO MORAL, SE MOSTRA RAZOÁVEL. 5) - PROVIDO O RECURSO, DANDO-SE PROCEDÊNCIA DO PEDIDOS, DEVE O VENCIDO ARCAR COM A TOTALIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, QUE DEVEM SER FIXADOS EM 10%(DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NA FORMA DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 6) - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-DF - APC: 20120110214397 DF 0006333-76.2012.8.07.0001, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Data de Julgamento: 19/02/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/02/2014 . Pág.: 210) (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Portanto, o atendimento médico-hospitalar emergencial deve ser prestado sem a exigência de cheque-caução ou qualquer preenchimento de formulário, tendo em vista ser a saúde um bem maior jurídico protegido pela Constituição Federal.

3.3.3 Responsabilidade civil dos hospitais por infecção hospitalar

A base legal da Infecção Hospitalar se encontra na Lei 9.431/1997, que obriga os hospitais de todo o país a manter o Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH). A infecção hospitalar é qualquer infecção adquirida pelo paciente no hospital e após a internação, desde que possa estar relacionado com a hospitalização, de acordo com o artigo 1º, parágrafo 2º da Lei 9.431/97 (MELO, 2008, p. 125).

Maria Cristina Maciel Piotkowski observa alguns fatores determinantes da infecção hospitalar:

A supuração de feridas operatórias e as infecções puerperais eram acontecimentos naturais, antes da era da assepsia. Sua incidência decaiu muito com o reconhecimento do papel de micro-organismos e a adoção de normas para controle de sua disseminação. Nas últimas décadas, entretanto, tem-se observado alarmante recrudescimento das infecções hospitalares, que, hoje, constituem problema de saúde pública. Atribui-se o estado atual do problema a diversos fatores. Entre eles, destacam-se alguns decorrentes dos progressos da medicina, como relaxamento das medidas de assepsia em consequência de falsa sensação de segurança que os potentes antimicrobianos disponíveis transmitem aos profissionais de saúde. A maior afluência de pacientes aos hospitais, o aumento do número de leitos e outros fatores ligados à atenção médica resultam no incremento logarítmico do contato inter-humano, às custas dos hospitais [...] (KFOURI *apud* PIOTKOWSKI, 2010, p. 158).

A ocorrência da infecção hospitalar gera a responsabilidade civil objetiva do hospital. Comenta Nehemias Domingos de Melo:

[...] a responsabilidade do hospital será também objetiva, tendo em vista que o dever de assepsia do ambiente hospitalar é um dever ínsito à prestação do serviço. [...] o hospital responderá pelos danos decorrentes de infecção que venha a atingir o paciente, independentemente de culpa (MELO, 2008, p. 126).

Sérgio Cavalieri Filho completa dizendo que:

Tratando-se de 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 à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. (RSTJ 105/331) (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 421).

Ademais, nas palavras de Nelson Figueiredo Mendes:

A infecção é risco inerente à internação ou à cirurgia, mesmo que o hospital mantenha medidas adequadas para controlá-la. [...] A culpa do hospital ocorre quando se comprova conduta deficiente ou ausente de sua Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (C.C.I.H) e dos procedimentos de desinfecção. As condutas médicas e de enfermagem, se deficientes, também poderão contribuir para a ocorrência de infecção hospitalar (MENDES, 2006, p. 146).

Embora a infecção hospitalar seja um mal inerente ao serviço médico-hospitalar, os hospitais devem manter o Programa de Controle de Infecção Hospitalar. No entanto, a ocorrência da infecção hospitalar faz surgir à obrigação de indenizar para o hospital, uma vez que sua responsabilidade não depende da comprovação de culpa pela vítima, de acordo com o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais se expressou da seguinte maneira:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAR O ATO ILÍCITO E O NEXO DE CAUSALIDADE COM O DANO. A relação travada entre o paciente e o hospital enquadra-se como relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor, ao determinar que a responsabilidade dos fornecedores é objetiva, não exime o interessado da comprovação da prática de ato ilícito e de que essa conduta causou determinado dano, mas desobrigou-a, tão somente, de comprovar sua culpa. Nesse sentido, incumbe ao autor do pedido indenizatório, nos termos do art.

333, I, do CPC, comprovar que o hospital praticou um ato ilícito que deu origem ao dano sofrido. (TJ-MG - AC: 10024075838078001 MG , Relator: Luiz Artur Hilário, Data de Julgamento: 22/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/01/2013) (MINAS GERAIS, 2013).

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, procurou-se demonstrar a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares como prestadores de serviços.

Inicialmente, foi abordado o tratamento da responsabilidade no Código Civil, restando demonstrado que aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo em pecúnia até o montante do dano que pode ser material ou moral. Se moral, o quantum indenizatório será fixado proporcionalmente ao constrangimento causado à vítima.

Foi apontado durante o estudo que a responsabilidade pode ser contratual e extracontratual. A primeira decorre do descumprimento de uma pré-obrigação estabelecida entre as partes. Já a segunda decorre do descumprimento de uma normal legal.

A responsabilidade ainda pode ser subjetiva e objetiva. É subjetiva quando o dano decorre de um comportamento culposos do agente. Será objetiva quando o dano decorrer apenas da conduta do agente sem importar se ele teve a intenção de causa-lo. Embora a responsabilidade civil atinja diretamente o causador do dano, o Código Civil estabeleceu situações em que a responsabilidade será daquele que tinha a obrigação pelo fato da coisa ou se de outrem.

Em um segundo momento, foi analisado a responsabilidade civil dos médicos como profissional liberal. Verificou-se que o médico estabelece com o paciente um contrato de serviços que enseja na obrigação de meio e obrigação de resultado. A obrigação de meio é quando o médico tem o dever de usar de todos os meios técnicos possíveis para alcançar o objetivo do paciente. No entanto, em se tratando de cirurgias plásticas, a doutrina estabeleceu que a obrigação do médico fosse de resultado, ou seja, o médico se obriga ao resultado esperado pelo paciente.

Em razão disso, nota-se que a relação médico – paciente é uma verdadeira relação de consumo, sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor que adota como regra geral a responsabilidade objetiva, mas em se tratando do profissional liberal o Código de Defesa do Consumidor abre uma exceção a adota a responsabilidade subjetiva.

Por fim, o terceiro capítulo abordou o tema principal do presente estudo, a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares.

Verificou-se que o hospital assume posição de prestador de serviços de atendimento médico entre outros de acordo com o art. 3º do CDC, e em contrapartida o paciente assume posição de consumidor por esses serviços, consoante art. 2º do CDC.

Em relação à responsabilidade, restou demonstrado que o hospital responde com base nas normas do Código de Defesa do Consumidor combinado com as do Código Civil, ou seja, a responsabilidade é objetiva.

Em razão disso, mostrou-se necessário abordar que as casas de saúde respondem também de forma objetiva pelos atos de médicos que tenham vínculo empregatício, ressalvado aqueles que apenas utilizam-se do estabelecimento para prestarem seus serviços. Apontou-se ainda, a responsabilidade objetiva dos hospitais que se recusam a prestar atendimento médico condicionando-o ao pagamento de cheque caução ou preenchimento de formulários. Não se pode olvidar também a responsabilidade dos hospitais pela infecção hospitalar, que embora seja impossível de controlar na visão de alguns doutrinadores, é obrigatória que o hospital tenha o programa de infecção hospitalar.

Ainda, vislumbrou-se que em se tratando de hospitais públicos o Estado será responsabilizado de forma objetiva com base no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor combinado com o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, cabendo-lhe direito de regresso contra o médico causador direto do dano.

REFERÊNCIAS

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade médico – hospitalar à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_87.pdf> Acesso em: 02/10/2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Nehemias Domingos. **Responsabilidade civil por erro médico**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**. Parte especial. Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Nelson Figueiredo. **Responsabilidade Ética, Civil e Penal do Médico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva 2002. v. 4

RODRIGUES, Silvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.vol. 3.

TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.4. 336 p.

VELOSO, Genival de Franca. **Código do consumidor e o exercício da medicina.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24742-24744-1-PB.pdf> >- Acesso em: 02/10/2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Recurso de apelação n. 20120110214397. Relator: Ministro Luciano Moreira Vasconcellos. Distrito Federal, 24 de fevereiro de 2014. **Jus Brasil.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5002 <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116324456/apelacao-civel-apc-20120110214397-df-0006333-7620128070001>> Acesso em: 02/10/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação n. 10024075838078001. Relator: Ministro Luiz Artur Hilário. Minas Gerais, 27 de janeiro de 2013. Jus Brasil. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114620187/apelacao-civel-ac-10024075838078001-mg> Acesso em: 02/10/2014