



**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE SANTA CATARINA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO: ESTUDO  
DA JURISPRUDÊNCIA DO TJSC E STJ NOS ANOS DE 2004 A 2018.

Florianópolis (SC), julho de 2019

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**

**GREGORIO FERNANDES PIMENTA DOS ANJOS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO:  
ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJSC E STJ NOS ANOS DE 2004 A 2018.**

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig.

**Florianópolis**

**2019**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**

**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Gregório Fernandes Pimenta dos Anjos

RG: 4490317

CPF: 002.057.251-47

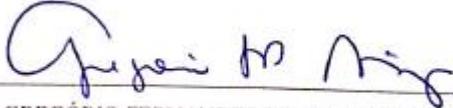
Matrícula: 15100112

Título do TCC: A Responsabilidade Hospitalar por Erro Médico: Um estudo da Jurisprudência Catarinense e do STJ desde 2003 até 2018.

Orientador: Guilherme Henrique Lima Reinig

Eu, Gregório Fernandes Pimenta dos Anjos, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 03 de julho de 2019.

  
GREGÓRIO FERNANDES PIMENTA DOS ANJOS

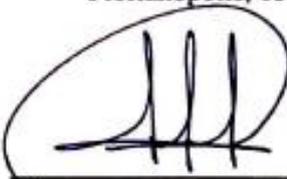
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

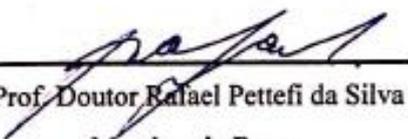
**TERMO DE APROVAÇÃO**

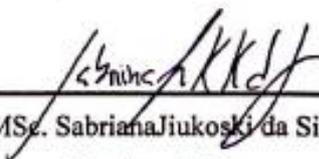
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "Título do TCC", elaborado pelo(a) acadêmico(a) "Gregório Fernandes Pimenta dos Anjos", defendido em 03/07/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 ( DEZ ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 03 de Julho de 2019

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor Guilherme Henrique  
L. Reinig  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
MSc. Leandro Monteiro Liberal  
Membro da Banca

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor Rafael Pettefi da Silva  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
MSc. Sabriana Jiukoski da Silva  
Membra de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Sou grato à minha mãe, que me apoiou com palavras de incentivo e força para que eu chegasse até aqui. Aos mestres da Universidade Federal de Santa Catarina, que serviram de exemplo para que eu me tornasse um profissional melhor a cada dia, em especial o professor Guilherme Henrique Lima Reinig, que me orientou nesta jornada acadêmica, com apoio e suporte.

Meu eterno agradecimento a todos os meus amigos, em especial; Clayton, Fernanda, e Thiago, que deram uma contribuição valiosa para a minha jornada acadêmica. Obrigado pelos conselhos, palavras de apoio, puxões de orelha e risadas. Só tenho a agradecer e dizer que esse TCC também é de vocês.

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso aborda a responsabilidade civil das instituições médico-hospitalares pelo erro médico. Este trabalho tem por objetivo delimitar o escopo das obrigações e deveres, contratuais e anexos, assumidos por cada uma das partes: médicos e instituições hospitalares. Buscou-se compreender, através de uma análise na jurisprudência catarinense, como é entendida e quais os requisitos da responsabilidade hospitalar objetiva, em se tratando de erro médico.

A análise busca esclarecer pontos como a necessidade de compreensão do nexos causal entre o dano e a prestação dos serviços hospitalares, utilizando-se do método dedutivo, promovendo uma análise comparativa com entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de construir de forma clara as razões aplicadas a responsabilização do hospital pelo erro médico.

**Palavras-chaves:** RESPONSABILIDADE HOSPITALAR, RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, SOLIDARIEDADE DO HOSPITAL NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, DEFEITO HOSPITALAR.

## **ABSTRACT**

This monograph approaches the civil liability of medical and hospital institutions for medical malpractice. This work aims to define the purpose of the obligations and duties, contractual and annexes, assumed by each one of the medical parts and hospital institutions. It was intended to comprehend, through an analysis in Santa Catarina's Jurisprudence, how the hospital objective civil liability is understood and what are its requirements, when dealing with medical error.

The analysis aims to clarify matters such as the need to comprehend the causal nexus between the damage and hospitals' service provision, using the deductive approach, to promote a comparative analysis of the understanding established by the Superior Court of Justice, in order to clearly construct the reasons applied to hospital civil liability for medical error.

**Keywords:** HOSPITAL CIVIL LIABILITY, MEDICAL LIABILITY, HOSPITAL'S SOLIDARITY IN THE CONSUMER PROTECTION CODE, MEDICAL MALPRACTICE AS DEFECT.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 - A RESPONSABILIDADE HOSPITALAR PELO ERRO MÉDICO.....</b>	<b>13</b>
1.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA .....	13
1.2 A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA.....	18
1.2.1 Obrigações de meio e de resultado?.....	19
1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS.....	23
1.4 DEFEITO OU FATO DO SERVIÇO.....	25
1.5 DO NEXO DE CAUSALIDADE .....	27
1.5.1 Teoria da Equivalência das Condições ou Teoria da <i>conditio sine qua non</i> : .....	29
1.5.2 Teoria da Causalidade Adequada:.....	30
1.5.3 Teoria do dano Direto e Imediato:.....	31
1.5.4 Teoria do Escopo de Proteção da Norma: .....	32
1.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PELOS ATOS DE MÉDICOS.....	34
<b>2 - A RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.....</b>	<b>38</b>
2.1 RECURSO ESPECIAL Nº 594.962 - RJ (2003/0171996-3) .....	38
2.2 RECURSO ESPECIAL Nº 400.843 - RS (2001/0196593-7).....	40
2.3 RECURSO ESPECIAL Nº 258.389 - SP (2000/0044523-1) .....	43
2.4 RECURSO ESPECIAL Nº 351.178 - SP (2001/0108187-8).....	45
2.5 RECURSO ESPECIAL Nº 908.359 - SC (2006/0256989-8).....	47
2.6 RECURSO ESPECIAL Nº 605.435 - RJ (2003/0167564-1) .....	50
2.7 RECURSO ESPECIAL Nº 986.648 - PR (2007/0215972-5).....	54
2.8 RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7) .....	57
2.9 RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.560 - SP (2016/0254982-3) .....	59
2.10 RECURSO ESPECIAL Nº 1.664.907 - SP (2016/0307876-7) .....	61
2.11 RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.134 - SP (2015/0052008-4) .....	62
2.12 RECURSO ESPECIAL Nº 1.707.817 - MS (2017/0053968-8).....	64
2.13 RECURSO ESPECIAL Nº 1.736.039 - SP (2016/0303806-1) .....	65
2.14 CONCLUSÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STJ .....	67

<b>3 - CASOS NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE (ANÁLISE DESCRITIVA DOS PROCESSOS E DAS DECISÕES)</b> .....	<b>70</b>
3.1 APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.038079-6 .....	70
3.2 APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.065206-4 .....	73
3.3 APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.013989-6 .....	77
3.4 APELAÇÃO CÍVEL N. 2013.053965-9 .....	80
3.5 APELAÇÃO CÍVEL N. 2011.023180-5 .....	82
3.6 APELAÇÃO CÍVEL N. 0000758-61.2006.8.24.0054.....	86
3.7 APELAÇÃO CÍVEL N. 0003160-97.2008.8.24.0005.....	88
3.8 APELAÇÃO CÍVEL N. 0002765-78.1999.8.24.0019.....	90
3.9 APELAÇÃO CÍVEL N. 0001679-43.2011.8.24.0022.....	91
3.10 CONCLUSÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE .....	94
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

No Brasil, existem 336 escolas médicas<sup>1</sup>. São mais de 34 mil vagas oferecidas só para o primeiro ano. Em um mercado que possui mais de 470 mil médicos<sup>2</sup>, faz-se importante compreender os limites da atuação médica e definir as responsabilidades pela prestação de cuidados, para que haja reparação quando houver dano antijurídico.

O exercício profissional da medicina convive diariamente com a fragilidade da saúde humana e qualquer falha pode resultar em danos irremediáveis. Assim, torna-se importantíssimo compreender os contornos das obrigações às quais se submetem aqueles profissionais. Conquanto não seja razoável exigir que um profissional médico cure a todos a que atender, ele possui a obrigação de se utilizar de todos os meios possíveis para que a cura seja alcançada, promovendo-os de forma diligente e respeitando as normas a que esteja sujeito.

Por conseguinte, é necessário verificar, com clareza e objetividade, as expectativas provenientes deste modelo relacional. Desta maneira, facilita a identificação de falhas ou defeitos, juridicamente relevantes, além de compreender a natureza da responsabilidade, se esta mesma deve ser aferida de modo objetivo ou subjetivo.

O estudo da responsabilidade civil na área de prestações médico-hospitalares tem evoluído ao longo dos anos. Hoje, parte-se da premissa de que os hospitais possuem responsabilidade objetiva em suas prestações, uma vez que são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o médico, como profissional liberal, realiza obrigação de meio, desta forma responderá de maneira subjetiva pelo erro que venha a cometer, sendo necessária a prova de que não tenha agido conforme o padrão e a técnica esperada.

O desempenho das atividades médicas evoluiu e, hoje, a maioria dos procedimentos médicos é realizada em hospitais. A atividade econômica desenvolvida pelo nosocômio, apesar da estreita relação com o serviço médico, com ela não se confunde, afinal quando tratamos de serviços hospitalares próprios, pensamos em salas para cirurgia, equipamentos e medicações, hospedagem e serviços de enfermagem. Assim, quando um empresário resolve explorar a atividade hospitalar, ele o faz sujeitando-se às normas da responsabilidade civil objetiva,

---

<sup>1</sup> Dados disponíveis em: <<https://escolasmedicas.com.br/estatisticas-nacionais.php>> . Acesso em: 25/05/2019

<sup>2</sup> Dados disponíveis em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_estatistica](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica)>. Acesso em: 25/05/2019

conforme dispõe o artigo art. 14<sup>3</sup> do Código do Consumidor, enquanto o Médico se enquadra no parágrafo 4º do mesmo dispositivo, apurando sua responsabilidade de maneira subjetiva.

Dessa maneira, este trabalho tem intuito de compreender como a responsabilidade do hospital por erro médico deverá ser apurada, através de análise da jurisprudência Catarinense, confrontando-a com o entendimento da corte Superior. Além disso, buscar-se-á mostrar como o erro médico se relaciona com os serviços hospitalares, principalmente nas relações em que o vínculo do médico e o nosocômio não é juridicamente bem definido.

Nesse sentido serão expostas as divergências de entendimento sobre a responsabilidade civil hospitalar por erro médico, quais sejam, de um lado o hospital será responsabilizado objetivamente, pelos danos ocorridos em suas instalações, cabendo-lhe demonstrar a inexistência de defeito no serviço. Do outro lado, o entendimento que, receber remuneração pela locação de espaço físico, não traz ao hospital a responsabilidade pelos danos causados, ainda que culposamente. Conquanto, não tendo o médico prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto aos erros destes médicos.

Destarte, no primeiro capítulo será desenvolvido a fundamentação teórica sobre a responsabilidade hospitalar e o erro médico, trazendo ao trabalho uma base doutrinária sobre os institutos que serão discutidos na pesquisa e analisados na jurisprudência.

Em seguida, no capítulo segundo, será apresentado estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando explicitar a aplicação da norma aos fatos concretos. O estudo será materializado através da especificação dos acórdãos analisados, contendo os dados do processo e a tese defendida, seguidos de uma breve síntese do litígio, relatando as principais informações referentes à sentença, recursos, acórdãos e finalizando com uma análise da decisão prolatada.

---

<sup>3</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

É importante dizer que o objeto deste trabalho se limitará à responsabilidade hospitalar ao erro médico, assim, restringe-se à análise somente desta relação nos julgados, para que se consiga maior objetividade e clareza.

Por fim, o capítulo 3 trará um estudo realizado na jurisprudência catarinense, utilizando-se da mesma metodologia adotada para o capítulo anterior, com a finalidade de compreender a realidade aplicada em Santa Catarina e, ao final, realizar-se-á uma análise comparativa entre os posicionamentos do Tribunal Catarinense em relação à doutrina e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

# 1 - A RESPONSABILIDADE HOSPITALAR PELO ERRO MÉDICO

Neste capítulo faremos uma abordagem da Responsabilidade Hospitalar pelo Erro Médico, desenvolvendo, com base na doutrina, a base conceitual dos institutos e requisitos para esse tipo de caso. O objetivo é compreender o nexos causal das prestações médicas realizadas em suas dependências, bem como suas implicações quanto ao dever de indenizar o dano causado, quando presente o defeito ou erro médico.

## 1.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A obrigação de reparar danos antijuridicamente causados a outrem é o que a doutrina chama de responsabilidade civil. Em regra, esses danos serão resultados de ações humanas reprovadas pelo direito, mas também poderão ser consequência de acontecimentos naturais associados à atividade desenvolvida por pessoa que será então responsável. Em suma, responsabilidade civil é a obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que não culposa (não ilícita, mas antijurídica), do dever geral de não lesar ninguém (NORONHA, 2013, pp. 451,452). Com efeito, a doutrina tem dificuldade em definir com unicidade ilicitude e antijuridicidade, conceito fundamental para definir quais atos obrigam a reparação.

Rafael Peteffi da Silva alerta que os termos antijuridicidade e ilicitude devem ser interpretados identificando-se o contexto em que são utilizadas, pois há, muitas vezes, confusão no seu uso. Nesse sentido, divide a ilicitude em duas espécies, a objetiva (ou antijuridicidade) e a subjetiva (vinculada a culpa). Em seu aspecto objetivo tem como conteúdo apenas a contrariedade ao direito, observa somente se a conduta é contrária à norma jurídica, ainda que esta conduta não tenha se originado em uma vontade consciente e livre. Atenta-se para o fato de que, se a conduta for justificável, nos termos do que dispõe o art. 188<sup>4</sup>, do Código Civil, perderá o seu caráter ilícito. Já a ilicitude subjetiva implica em um juízo de valor da conduta do agente, o que somente se faz possível se tal conduta resultar de um ato humano consciente e

---

<sup>4</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

livre. Neste aspecto, a ilicitude subjetiva sempre é consequência de um ato voluntário (SILVA, 2019, p. 169-214).

Sérgio Cavalieri Filho conceitua a responsabilidade civil como a violação de um dever jurídico originário (agir contra o ordenamento jurídico) de tal forma que acarreta o surgimento de um dever jurídico sucessivo. O dever jurídico sucessivo é o dever de indenizar a parte lesada pelo dano que sofreu com a violação do dever jurídico originário. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 13)

Fernando Noronha classifica a responsabilidade utilizando-se de dois princípios ético-jurídicos, que são em larga medida antagônicos: os princípios da culpa e do risco, sendo que quando há prevalência de culpa temos a responsabilidade subjetiva, ou culposa e, por outro lado, quando o que domina é o risco, teremos a responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco (NORONHA, 2013, p.508).

A responsabilidade subjetiva tem como fundamento o elemento culpa, pois aquele que sofreu um dano deverá comprovar que o agente causador agiu com dolo ou culpa, para que surja o dever indenizatório. Assim, culpa seria o erro de conduta, moralmente imputável ao agente, que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias, uma vez que se a culpa não existe, ou não é provada, não haverá dever de reparação. (MELO, 2013, p.19)

Na sistemática no Código Civil, a regra geral é a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, somente haverá dever de reparar o dano, se houver culpa, é o que está disposto no seu art. 186<sup>5</sup>, a culpa é fundamento da responsabilidade subjetiva, portanto temos a necessidade de averiguar, subjacente ao ato ou conduta, a ilicitude subjetiva, nos termos definidos por Rafael Peteffi (SILVA, 2019, p. 169-214). Desse modo, o termo ilicitude, utilizado hodiernamente, usualmente se refere à essa feição subjetiva.

Cabe dizer que a conduta culposa ainda é aquela que se pauta em uma ação contrária ao ordenamento jurídico, seja um dever de cuidado, ou mesmo de omissão, o importante é que haja neste ato uma antijuridicidade, para que se possa pleitear reparação.

---

<sup>5</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Entretanto, em muitas circunstâncias não há como comprovar a culpa, gerando ao lesado uma situação de aparente injustiça. Essa dificuldade na aferição da culpa fez surgir a discussão sobre a necessidade de encontrar outro fundamento para a responsabilidade civil, que priorizasse a reparação, evitando injustiças (MELO, 2013 p. 20).

No mesmo sentido, Sergio Cavalieri diz que a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. Logo, é necessária a adoção de uma segunda espécie de responsabilidade, a objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, presente no Código Civil, no parágrafo único do art. 927<sup>6</sup>, art. 931<sup>7</sup> e em outros (CAVALIERI, 2019, p. 31).

Assim, para além da responsabilidade subjetiva foram desenvolvidos, de um lado o sistema de culpa presumida, onde há o deslocamento do ônus probatório para o ofensor e o agente somente se eximirá do dever indenizatório se provar que agiu com diligência, com prudência ou com a perícia esperada para o ato praticado. Do outro lado a responsabilidade objetiva, resultado do risco da atividade ou das outras várias modalidades de risco ou ainda de fato estabelecido em lei (MELO, 2013, p. 21).

Alvim Lima pontua,

A teoria da presunção de culpa, modernamente difundida em face do art. 1.384, § 1º, não é de presunção *juris tantum* e sim *juris et de jure*; assim, pois, não se admitindo a prova da ausência da culpa, só desaparece a responsabilidade uma vez provado o caso fortuito, a força maior, a culpa da vítima ou o fato de terceiro (LIMA, 1998, p. 130).

Destarte, temos que a responsabilidade subjetiva foi mitigada pela culpa presumida, em que há a inversão do ônus probatório, mas que ainda tem a culpa com seu fundamento. Diferentemente são aqueles casos onde o risco da atividade é o fundamento da responsabilidade, porque, seria impossível ou pouco provável a vítima fazer prova contra o causador do dano, deixando o caráter subjetivo, culpa, de lado afere-se a responsabilidade de maneira objetiva.

É importante que se diga que as duas modalidades de responsabilidades coexistem harmonicamente. Embora exista hoje uma quantidade maior de situações que estão reguladas pela responsabilidade civil objetiva, a responsabilidade subjetiva não foi abandonada. Nesse

---

<sup>6</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>7</sup> Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

sentido, embora o Código de 2002 tenha previsto uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, através do art. 927, combinado com o art.186, ele prestigia a responsabilidade objetiva, o que representou uma profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil, estabelecida no Código de 1916, eminentemente subjetivista. (CAVALIERI FILHO, 2019, p.6).

Com efeito, a responsabilidade civil objetiva prescinde da ilicitude subjetiva, pois não será avaliada a culpa, nesse sentido o que deverá ser verificado é a antijuridicidade, ou ilicitude objetiva, como sendo elemento autônomo do ato ilícito. Por esse ângulo, a antijuridicidade deverá ser analisada em seu aspecto formal, compreendido como o ato antijurídico a infração de uma norma, um mandato ou uma proibição, expressamente previstos no ordenamento jurídico, ou ainda em seu aspecto material ou substancial, compreendendo a infração do ordenamento jurídico em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos e as normas consuetudinárias (SILVA, 2019, p. 169-214).

Rafael Peteffi da Silva, pontua que o *locus operacional* da antijuridicidade não está no dano, como parece ser na doutrina italiana, *dano ingiusto*, porque não considera a mera existência do dano como antijuridicidade, posto que, tornar-se-ia complicada a análise das causas justificadoras presentes no art. 188<sup>8</sup> do código civil, pois são verificados na conduta causadora do dano, nexos causais, como a legítima defesa. Nessa lógica, uma análise circunscrita ao dano, fixar-se-á sempre em uma “abordagem *prima facie* do interesse juridicamente tutelado da vítima, dependendo da análise do fato gerador para determinar a existência de antijuridicidade em determinado caso concreto” (SILVA, 2019, p. 169-214).

O código de 2002 definiu três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva: A primeira define o abuso de direito como ato ilícito, quando não há respeito aos limites impostos pelo fim econômico ou social. A segunda cláusula se refere-se ao risco da atividade, aquele proveniente da própria natureza do negócio. A terceira está relacionada aos danos causados por produtos postos em circulação (CAVALIERI FILHO, 2019, pp. 6,7).

Com efeito, o legislador pátrio foi feliz ao inserir no novo Código Civil, a obrigação de reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos expressamente previstos em lei,

---

<sup>8</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

como também em razão de danos decorrentes das atividades que possam ser consideradas de risco e que venham a causar prejuízos a outrem (art. 927, parágrafo único<sup>9</sup>).

Nessa perspectiva, podemos afirmar que é possível nascer a obrigação de indenizar independentemente da prática de qualquer ato ilícito (parágrafo único do art. 188 do C.C.). Havendo previsão legal de responsabilização ou, sendo a atividade considerada de risco, o responsável pela reparação pode até não ter praticado nenhum ilícito, porém, ainda assim, será o responsável pela reparação em razão da determinação legal. Atente-se para o fato de que o dever de indenizar independe da apuração da culpa, bastando a demonstração do nexo de causalidade e a identificação do agente responsável pela atividade (MELO, 2013, p.24).

Em relação ao Código do Consumidor, temos o art. 14 como a base jurídica da responsabilização objetiva dos danos causados, por defeito, ao consumidor. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (1991, p.79 ss) sinaliza que o Código, “em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais” – dentre eles o médico–, para os quais se manteve “o sistema tradicional baseado na culpa”.

O parágrafo único do art 7<sup>o</sup><sup>10</sup> do CDC estabeleceu o princípio da solidariedade legal para a responsabilidade e pela reparação dos danos causados ao consumidor. Isso significa que o consumidor pode escolher a quem acionar, um ou todos. Como a solidariedade obriga a todos os responsáveis simultaneamente, todos respondem pelo total dos danos causados. Ademais, há também menção de forma expressa no caput do art.18<sup>11</sup>, nos §§ 1º e 2º do art. 25<sup>12</sup> e no art.

---

<sup>9</sup> Art. 927. [...]

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

<sup>10</sup> Art. 7º [...]

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

<sup>11</sup> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

<sup>12</sup> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação

34<sup>13</sup>. O que deixa claro que no sistema do CDC a responsabilidade quer por defeitos, quer por vícios é sempre solidária (NUNES, 2011, p. 196).

Por fim, adotar a responsabilidade objetiva como regra no código do consumidor não significa condenar de imediato todo e qualquer prestador de serviços, porque ninguém será obrigado a indenizar se provar que não foi o causador do dano. Afinal, é importante reconhecer a vulnerabilidade da vítima, ainda que o profissional não tenha agido com culpa, pois a este, o estatuto consumerista permite a exclusão da responsabilidade se comprovar que inexistente defeito. Logo, mesmo se tratando de responsabilidade objetiva, esta será mitigada (MELO, 2013. P.25).

## 1.2 A Natureza da obrigação médica

A obrigação médica não pode ser tratada como atividade que gera risco ao paciente, antes tem objetivo de afastá-lo ou evitar que este se agrave. Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto explica que mesmo utilizando-se de equipamentos, ou em procedimentos cirúrgicos, ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional, uma vez que a responsabilidade médica, em regra é subjetiva (KFOURY NETO, 2018, p.82).

Existe divergência entre doutrinadores sobre a natureza da relação existente entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços e para outros um contrato *sui generis*. Todavia, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, já que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada é de resultado ou de meio. (CAVALIERI FILHO, 2019, ps.492 e 493).

Nesse contexto, Sílvio de Salvo Venosa (2009, p.128) explica que:

O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, [...] Vezes haverá, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica e em procedimentos técnicos de exame laboratorial e outros, tais como radiografias, tomografias, ressonância magnéticas etc. (VENOSA, 2009, p. 128)

Ademais, Maria Helena Diniz expressa que, embora o nosso Código Civil tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo atinente aos atos ilícitos, tal responsabilidade seria contratual, excepcionalmente teria natureza delitual. Assim, se o médico operador for

---

<sup>13</sup> Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado (DINIZ, 2013, p. 334)

Nesse sentido Miguel Kfoury Neto alude:

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão. (KFOURI NETO, 2018, p. 94)

Carlos Roberto Gonçalves explica que se o médico não obtém a cura do doente, ou se os recursos empregados não satisfizerem, “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa” (GONÇALVES, 2012, p.257).

#### 1.2.1 Obrigações de meio e de resultado?

A definição sobre a natureza da obrigação é importante, uma vez que os contratos são diversificados, conquanto ou impõem o alcance de determinado resultado ao devedor ou se limitam à simples adoção de uma conduta diligente, consoante com as técnicas e dados disponíveis.

Além disso, existem discussões a respeito da inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos decorrentes da atividade dos profissionais liberais, o que ilumina a importância da discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida pelo profissional liberal.

Nas obrigações de meio o devedor promete ao credor utilizar-se de todos os meios que dispõe, com a promessa de executar o contrato com o emprego de toda diligência possível para que o melhor seja realizado, não se comprometendo, porém, em alcançar um resultado. Assim, como no caso dos médicos, o devedor não se obriga a executar um fato determinado; a sua obrigação é antes o esforço do homem, um esforço constante, perseverante, voltado a adotar a atitude mais apropriada para se aproximar do objetivo fixado, levando em conta suas capacidades e as possibilidades oferecidas pela indústria humana. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 469).

Cabe lembrar, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, que:

Embora o contrato médico integre o gênero “contrato de prestação de serviços”, o seu conteúdo atende à especialidade própria a esse campo da atividade humana, não se confundindo com qualquer outro ajuste de prestação de serviços, até porque não há o dever de curar o paciente. Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais (GONÇALVES, 2012, p.260).

Diferentemente, nas obrigações de resultado o devedor se compromete a propiciar ao credor um resultado certo e determinado, custe o que custar, e caso não o seja atingido, haverá o inadimplemento.

Nesse sentido, Cavalieri Filho exemplifica:

A responsabilidade do construtor é de resultado, [...], porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. [...] Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultam de uma causa estranha – força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiros, não tendo, aqui, relevância o fortuito interno. (CAVALIERI FILHO, 2019, p 469)

Desta maneira a responsabilidade do devedor na obrigação de resultado é objetiva, pois não é necessário demonstrar a culpa na execução contratual, basta provar que o resultado prometido não foi alcançado, enquanto na obrigação de meio faz-se necessário, ao credor, provar que a atividade do devedor não foi executada com a técnica, prudência e diligência esperada. Logo, a distinção teórica entre obrigação de meio e de resultado tem por finalidade prática principal o ônus da prova (CAVALIERI FILHO, 2019, p 469).

Ainda nessa acepção, discorrendo sobre a responsabilidade do médico, assevera Maria Helena Diniz:

[...], se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois, o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico [...]. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. (DINIZ, 2013, p. 335).

Cláudia Lima Marques em comentários ao Código de Defesa do Consumidor, pontua,

A concentração feita, do sistema do CDC, no ‘serviço prestado’ não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações de resultado. Se a obrigação é de meio (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que razoavelmente dele se espera (salas de cirurgia com o material necessário, limpas, preparadas para emergências; ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se

pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte)” (MARQUES, 2016, p. 360-361).

Também merece destaque essa distinção pois, se a obrigação assumida pelo profissional for de meio, competirá ao consumidor prejudicado o ônus de demonstrar a culpa. Se a obrigação assumida foi de resultado, o ônus da prova quanto ao não atingimento da meta pactuada caberá ao profissional, até porque regra geral da responsabilidade contratual (MELO, pp. 69,70).

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.

Ora, a importância prática desta distinção se reflete na atribuição do ônus da prova da culpa. Nessa perspectiva, Daniel Amaral Carnaúba (2016, p. 33) diz que “se a obrigação for de resultado, a culpa do devedor se presume com essa frustração; ao passo que, se for de meios, a culpa ainda deve ser comprovada pelo credor, obstante o revés”. Assim, percebe-se a necessidade de definir a natureza de uma obrigação, visto que, uma vez inadimplida, há que se verificar o responsável pelo ônus probatório.

Nesse sentido, afirma Miguel Kfoury Neto, podemos dizer que o Código Civil brasileiro, em seus arts. 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, a exemplo do Código revogado, em seus arts. 159<sup>14</sup> e 1.545<sup>15</sup>. A responsabilidade do profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano (KFOURI, 2018, p.81).

Entretanto, merece destaque que essa regra tem exceções, a doutrina e a própria jurisprudência têm identificado que dentro da seara médica existem obrigações de resultado. O Superior Tribunal decidiu [item 2.1], por exemplo, que os diagnósticos fornecidos por meio de exame médico, constituem obrigações de resultado. É também o caso das cirurgias estéticas, onde caso o resultado não se verifique, caberá ao profissional demonstrar que não agiu com culpa, para que seja isentado do dever de reparar (CARNAUBA, 2016, p.36).

---

<sup>14</sup> Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, [arts. 1.521 a 1.532](#) e [1.542 a 1.553](#).

<sup>15</sup> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Corroborando o exposto, o entendimento apontado no Recurso Especial nº 594.692 – RJ (2003/0171996-3), julgado em 09 de novembro de 2004, em que a 3ª terceira turma do STJ, a ser analisado neste trabalho [item 2.1], definiu os serviços laboratoriais como obrigação de resultado, ainda que prestado diretamente por um médico, que como profissional liberal teria responsabilidade subjetiva. Neste caso entendeu-se que os serviços médicos laboratoriais têm natureza empresarial, e sujeitam-se à responsabilidade objetiva pelo fato do serviço.

Daniel Amaral Carnaúba (2016, p.38), pontua motivos pelos quais a jurisprudência “seleciona”, dentre as prestações médicas, as que seriam obrigações de meio. A justificativa é a necessidade de favorecimento à atividade médica quando esta for essencial e voltada à cura. Diferentemente, quando as intervenções não lhes parecer essencial, como no caso de cirurgias estéticas embelezadoras, seria caracterizado o regime das obrigações de resultado.

O autor faz crítica à ideia, defendida por alguns autores, de que o êxito da obrigação médica depende de elementos que fogem ao controle do profissional, e que esta álea seria fator determinante tornando-as obrigações de meios. Consequentemente, cometeriam um equívoco ao se basear em uma suposta álea médica com fundamento principal para determinação da natureza da obrigação, se de meios ou de resultado. Esquecem os defensores deste entendimento que toda obrigação, médica ou não, envolve risco de frustração que não está ligado à culpa do devedor, e que a mera presença dessa incerteza não implica, necessariamente, que a obrigação em questão será reputada de meio (CARNAUBA, 2016, p. 38).

De outro lado, Cavalieri, preceitua que a responsabilidade médica não surge com o mero insucesso no diagnóstico ou tratamento, clínico ou cirúrgico. Há necessidade de comprovar a culpa, demonstrando que a causa do dano foi negligência, imprudência ou imperícia médica. Logo, para Cavalieri Filho (2019, p.493) “a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada”.

Em tempo, Guilherme Henrique Lima Reinig, aponta na teoria alemã do escopo da norma, uma possível ajuda para “revelar” uma metodologia decisória na solução dos casos concretos, não obstante ainda se encontrará o uso de critérios “político-jurídicos” nas decisões judiciais. Nesse sentido afirma que, a dissimulação de critérios decisórios em fórmulas abstratas e vazias aumentam o arbítrio na medida em que dificulta o trabalho de crítica doutrinária e uma possível revisão ou mesmo uma clara visualização dos critérios jurisprudenciais (REINIG, 2018, pp. 237 -319).

Por fim, embora haja na doutrina e jurisprudência entendimento de que existem obrigações médicas, como cirurgias plásticas embelezadoras, exames laboratoriais, que são de resultado, temos que majoritariamente a obrigação médica é de meio, na qual se espera do profissional a melhor dedicação e empenho possíveis. Nessa lógica, a determinação da natureza da obrigação contratual é ditada também por outros fatores, além da existência de uma álea médica. No caso específico das obrigações médicas, concordamos com Daniel Amaral Carnaúba (2016, pp. 37,38), que a opção estratégica feita pelo judiciário tem por finalidade alocar a carga do ônus probatório, de modo a restringir determinadas intervenções cirúrgicas, sendo uma verdadeira política regulatória por parte dos magistrados.

### 1.3 A Responsabilidade civil dos hospitais

O Código de Defesa do Consumidor foi responsável pela mudança de paradigma transformando a figura do paciente em consumidor. Conseqüentemente essa relação foi tomando contornos diferentes, seja pela expansão dos serviços médico-hospitalares, como também, médicos de família, que estão cada vez mais distantes de uma relação pessoal com o paciente.

O hospital realiza um conjunto de atividades próprias, que incluem: instrumentação cirúrgica, instalações, aparelhos, hospedagem, alimentação, medicamentos, exames laboratoriais, etc. Conseqüentemente, em razão da relação de consumo estabelecida com paciente, o nosocômio é fornecedor de serviços, conforme Art. 3º do CDC<sup>16</sup>.

Não há dúvida que a responsabilidade dos hospitais é diferente da responsabilidade médica, obrigação de meio. Por ser atividade empresarial, inclui-se na chamada teoria do risco da atividade, cuja execução cria risco para o usuário e a sociedade. Tal responsabilidade, embora embasada na teoria do risco criado, tem por fato gerador o defeito da atividade, que se configura quando esta não oferece a segurança legitimamente esperada (CAVALIERI FILHO, 2019, p.281).

Por conseguinte, a responsabilidade do hospital será apurada aplicando-se as regras do Artigo 14 do código de Defesa do Consumidor:

---

<sup>16</sup> 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

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.

Logo, o que importa é definir o alcance da atividade hospitalar como fornecedora de serviços, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves,

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento (GONÇALVES, 2012, p. 268, grifo nosso).

Antônio Herman V. Benjamin leciona que o defeito de prestação se manifesta no ato da prestação do serviço, é um desvio de um padrão de qualidade fixado antecipadamente, sendo que alguns tipos de serviço têm maior potencial para causar acidentes de consumo. É o caso dos serviços de transporte, de lazer, de saúde. O autor expõe que embora a responsabilidade do médico que trabalha em um hospital seja pessoal, a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2017, p 211).

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v.g. em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu no chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v.g., queda do paciente do leito hospitalar com fratura no crânio.), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados (CAVALIERI FILHO, 2019, p.509)

José de Aguiar Dias enfatiza:

Trata-se de obrigação semelhante à dos hoteleiros, pois na realidade essa obrigação participa do caráter das duas responsabilidades com que se identifica, isto é, tanto compreende deveres de assistência médica, como de hospedagem cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes (Dias, 2010, p.382).

Para além disso, Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, pontuam:

Hipótese distinta é aquela em que o médico apenas usa as dependências do hospital ou da clínica, sem que haja entre o profissional e a pessoa jurídica a relação preposto-

preponente. Neste caso, a responsabilidade será exclusiva do próprio profissional liberal, não cabendo qualquer dever de indenizar à pessoa jurídica, que apenas cedeu suas dependências para a prestação de serviços pelo médico. Por fim, no que tange ao atendimento médico nos hospitais públicos, a regra é a do art. 37, § 6º, da Constituição da República, determinando-se a responsabilidade objetiva do ente público responsável – neste caso, a culpa do médico apenas importará para sua responsabilidade pessoal e para eventual pretensão de regresso do Estado em face do profissional. A responsabilidade do ente público, neste caso, considera-se extracontratual. (MORAES, GUEDES, 2016, P.70)

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o consumidor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência” (art. 6.º, VIII). Ressalta-se, por último, que o consumidor não necessita provar o defeito (art. 12, § 3.º, II). Desta maneira, a responsabilidade do Hospital é objetiva, pelo serviço defeituoso que prestar, cabendo-lhe o ônus de comprovar a inexistência do defeito para afastar a responsabilidade. (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2017, p. 191).

#### 1.4 Defeito ou Fato do Serviço

A doutrina chama de “fato do produto” ou “fato do serviço” o dano causado (fato) por um produto ou por um serviço. Antônio Herman Benjamin postula que o fato do serviço ou do produto se encaixa em um sistema mais amplo de danos, regrado pelo Código Civil, quais sejam: “fato próprio” (regra geral), “fato de outrem” (arts. 932 a 934), ou, ainda de “fato causado por animais” (art. 936). Nesse sentido, o autor acredita que o Código Civil, em matéria de danos causados por produtos ou serviços de consumo, é afastado pelo regime especial do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se excepcionalmente de maneira subsidiária, desde de que não contrarie o sistema e a principiologia do CDC (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2018, p.180).

O fato do serviço, também entendido como defeito, é um dano maior do que se pode esperar para o fim que o serviço se destina. O defeito causa dano ao patrimônio jurídico material e/ou moral e /ou estético e/ou à imagem do consumidor. Consequentemente, vai além do serviço para atingir o consumidor, por essa lógica, somente se fala em acidente de consumo, na hipótese de defeito (NUNES, p. 226).

Nesse sentido, Rizzato Nunes observa, ainda que:

Diga-se, de qualquer maneira, que se tem usado tanto “fato” do produto e do serviço, quanto “acidente de consumo”, para definir o defeito. Porém o mais adequado é guardar a expressão “acidente de consumo” para as hipóteses em que tenha ocorrido mesmo acidente: queda de avião, batida de veículo por falha do freio, quebra da rodagigante no parque de diversões, etc., e deixar fato ou defeito para as demais ocorrências danosas (NUNES, p. 342).

Entretanto não é qualquer dano que será caracterizado como defeito, pois é necessário que seja um fenômeno juridicamente qualificado, decorrente da inobservância de uma norma, (antijurídico). No caso de serviços médico-hospitalares, os danos causados pelo defeito podem ser físicos (ou corporais), materiais ou morais (KFOURI NETO, 2018, p.144).

O Código de Defesa do Consumidor regula a responsabilidade pelo fato do serviço no art. 14<sup>17</sup>. A norma designa como agente responsável o “fornecedor de serviço”, Rizzato Nunes (2011, p343) acredita que o CDC, “deveria, de maneira mais adequada e coerente com o sistema normado, ter dito ‘prestador de serviço’, porquanto o termo ‘fornecedor’ é o gênero do qual ‘prestador’ do serviço é espécie – como espécies o fabricante, o construtor o produtor, o importador e o comerciante”.

De maneira geral, não há como dizer que exista serviços totalmente seguros. Ou seja, em maior ou menor proporção, quase todo serviço traz em si o elemento “capacidade de causar acidente”, motivo pelo qual a doutrina os divide em dois grandes grupos: os de periculosidade inerente (latente) e os de periculosidade adquirida (em razão de um defeito). Conseqüentemente, o direito, em regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em um verdadeiro defeito (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2018, p.183).

Em matéria de proteção à saúde e a segurança dos consumidores, é importante compreender que o defeito só se mostrará quando frustrada a legítima expectativa de segurança

---

<sup>17</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

esperada do serviço ou produto colocado no mercado. Logo, para que tenha origem a responsabilidade médico-hospitalar deverá existir um dano ao paciente, que frustre a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente) (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2018, p.183).

Por fim, devido a fragilidade da saúde humana, entendemos que os serviços médico-hospitalares possuem periculosidade inerente. Consequentemente, a investigação dos defeitos em uma prestação médica deverá ser cautelosa, visto que a intervenção médica, na maioria das vezes, tem finalidade curativa, o que não significa sempre conseguirá atingir este fim. Assim, como dito anteriormente, para responsabilidade civil médico-hospitalar é imprescindível o nexo causal entre o dano, proveniente de defeito, e a prestação médica. Ademais, Pontes de Miranda (1984, p.438), pontua que, “o dever de indenização pelo médico só se pré-exclui se o lesado omitiu, dolosa ou negligentemente, o evitamento do dano, que ele poderia evitar, e a causa não era do conhecimento ou não tinha de ser do conhecimento do médico”.

## 1.5 Do Nexo de Causalidade

Fernando Noronha (2013, p. 497) conceitua dano como “o prejuízo de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.” Consequentemente só teremos responsabilidade civil quando existir um dano resultante de uma lesão antijurídica provocado por um ato ou fato antijurídico.

Ainda nesse sentido, Fernando Noronha (2013, p. 611) define a causa de um dano como o fato que contribuiu para provocá-lo ou para agravar seus efeitos, nascendo então, a obrigação de repará-los à pessoa responsável por aqueles fatos. Seguindo esse raciocínio, o nexo causal será justamente essa relação de causa efeito que liga o dano ao causador (Responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil tem por um de seus pressupostos a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. A inexistência desta relação exclui a obrigação de indenizar. Assim, é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não teria lugar. (GONÇALVES, 2012, p.350).

Logo, o nexo de causalidade é a ligação necessária entre o dano e o fato que lhe deu origem. Como resultado, para que o tenhamos caracterizado é necessário que o fato gerador tenha contribuído para provocar ou agravar o dano (NORONHA, 2013, p. 499). Assim, a

obrigação de repará-lo surge somente quando é possível estabelecer um nexos causal entre o dano e o seu autor. Contudo, a dificuldade está na verificação desta correlação entre dano e causa, pois, nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considera-lo causa, posto que há também a possibilidade de existirem para um dano mais de um fato gerador (NORONHA, 2013, p.612).

O STJ, em voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no Recurso Especial nº 400.843 - RS (2001/0196593-7), analisado neste trabalho [item 2.2], disse que, quando o paciente é internado sob a responsabilidade de seu médico, previamente escolhido, a responsabilidade do hospital se restringe aos seus domínios, inexistindo nexos de causalidade com erro que o profissional médico possa cometer. Por outro lado, quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico, que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das consequências danosas da terapia pertence também ao hospital.

No mesmo sentido, o Recurso Especial nº 351.178 - SP (2001/0108187-8) [item2.4], o entendimento de que a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. E que, o cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital.

Ora, a responsabilidade civil é pautada pelo princípio da reparação integral, sendo que a reparação deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado (SANSEVERINO, 2010, p. 57), destarte o autor do dano ilícito deverá responder pela sua reparação, para que o lesado não fique em uma situação pior que aquela anterior ao dano sofrido. Logo a causalidade, que fundamenta a responsabilidade, é aquela existente entre a conduta do agente lesivo e o fato que justifique sua responsabilização, ou seja, a causalidade que preenche a responsabilidade é aquela estabelecida entre a lesão ao direito ou bem jurídico e os danos ou prejuízos resultantes (REINIG, 2019, p.215-248).

A noção de nexos causal não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídica. Num primeiro momento, o nexos causal é verificado mediante a mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. Todavia, é necessário também um elo jurídico, normativo, principalmente quando há causas concorrendo para determinado resultado, ou quando há

omissão. Assim o nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado, é um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 66).

Nehemias Melo (2013, p.47) alerta que “mesmo se tratando de responsabilidade contratual, ainda assim, não prescinde do nexos de causalidade, porque só se pode falar em dano indenizável quando exista uma relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido pelo credor.”

No Recurso Especial nº 258.389 - SP (2000/0044523-1) [item 2.3], julgado em 16 de junho de 2005, a Quarta Turma do STJ, reformou o acórdão recorrido, esclarecendo que uma vez que os médicos que cuidaram da filha dos autores não têm culpa pela morte da criança, não há fundamentos para condenar o hospital. O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezini, em voto-vista, acrescentou que a exclusão da culpa dos médicos resulta, conseqüente e necessariamente, na exclusão do nexos causal entre a conduta do hospital e o evento danoso, imprescindível à sua responsabilização subjetiva ou objetiva.

Em conseqüência dos apontamentos realizados, em situações onde há multiplicidade de causas, sejam concomitantes ou em cadeia, há uma dificuldade em definir qual a verdadeira causa do dano, de maneira que surgiram na doutrina algumas teorias para procurar melhor caracterizar o nexos de causalidade, dentre as teorias merecem destaque:

#### 1.5.1 Teoria da Equivalência das Condições ou Teoria da *conditio sine qua non*:

Para essa teoria, o nexos de causalidade precisa ser certo, ou seja, precisamos saber que determinada ação ou omissão efetivamente causou determinado dano, pelo qual o agente será responsabilizado. Portanto, se estiver comprovada a *conditio sine qua non*, é o que basta para provar o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano por ela causado. Exemplo: basta que eu prove que a seqüela em minha perna foi derivada de um erro médico para que eu possa responsabilizar o médico.

Segundo Cavalieri Filho, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos), de maneira que se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Desta maneira essa teoria pode conduzir a uma exasperação de causalidade e uma regressão infinita de nexos causal

(CAVALIERI FILHO, 2019, p. 68) Assim, causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve.

### 1.5.2 Teoria da Causalidade Adequada:

Essa teoria elaborada por von Kries, acrescenta uma segunda fase de análise em relação à teoria da equivalência de antecedentes. O ponto de partida dela continua o mesmo, precisa ser necessária a condição, mas além disso, devem ser consideradas somente as causas consideradas adequadas. A palavra-chave é adequação, sendo que a causa será adequada quando, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento. Assim, deverá ser reputada como causa somente a circunstância que, abstratamente considerada, teve idoneidade suficiente para determinar o evento (CAVALIERI FILHO, 2019 p. 68).

Em suma, a fixação da causa adequada é um segundo filtro que nos permite reduzir as diversas condições necessárias apresentadas pela *conditio sine qua non*, não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo, é preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano.

Segundo Fernando Noronha, essa teoria tem um viés negativo que reside na discussão sobre o ônus da prova. Para este autor, o acusado é quem deveria comprovar a inadequação do ato, não a vítima. E um viés positivo que defende justamente o contrário, ou seja, a vítima é quem deveria ter o ônus de provar a adequação do ato (NORONHA, 2013, p. 628 e 629).

Caio Mário da Silva Pereira lecionando sobre a matéria afirma:

Em linhas gerais e sucintas a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente em toda ação de indenização o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que mesmo na sua ausência o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo resta algum que no curso normal das coisas provoca um dano dessa natureza (PEREIRA, 1995, p. 67).

Em consequência, conclui, "a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz causalidade adequada porque faz salientar; na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexos de causalidade eliminando os demais"(PEREIRA, 1995, p. 67).

### 1.5.3 Teoria do dano Direto e Imediato:

Dispõe o Art. 403, do CC: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Esse dispositivo fala expressamente no dano direto e imediato, razão pela qual surgiu a presente teoria. Nela, a causa tem que ser direta e imediatamente ligada à conduta do agente que causou o dano (SILVA, 2013, p.26).

O que se nota é a similaridade desta com a teoria da causalidade adequada. Ambas partem da conditio *sine qua non* e, a partir daí, seguem para uma segunda análise. Ora, dizer que a conduta é adequada ou próxima e imediata é dizer quase o mesmo, porém, a abordagem inicial é distinta.

A teoria do dano direto e imediato se pauta muito nos casos em que há uma multiplicidade causal, normalmente denominadas de concausas. Para esta teoria, todas as causas são adequadas, entretanto, uma causa não será relevante, se conseguirmos provar que teve outra causa, com capacidade e grau de proximidade lógica com o dano capaz de romper o liame causal entre a causa anterior e o dano causado. Destarte, a maior dificuldade para determinar a causa direta e imediata refere-se ao exame das concausas sucessivas. Assim, a interrupção do nexo de causalidade se daria quando existir, após a atuação do devedor, uma violação de direitos por parte do credor ou de terceiros (SILVA, 2013, p31).

Nesse sentido Fernando Noronha pontua:

Quando há diversas causas do dano, próximas ou remotas, saber qual deveremos considerar a necessária, “por não existir outra que explique o mesmo dano”, nas palavras de A. Alvim, não é tarefa fácil. Isso dependerá do ponto de vista do observador, que tenderá a considerar como causa aquela condição de dano que por qualquer título repete mais importante. [...] Perante as dificuldades que suscitam formulações como as que aludem ao efeito direto e imediato (art. 403) ou à causa necessária, não admira a jurisprudência, quando procura encontrar nelas algum apoio, muitas vezes acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom-senso e com a invocação apenas da expressão literal contida no art. 403 (NORONHA, 2013, p.626).

Essa teoria utiliza-se do exemplo de Savatier, qual seja: um fazendeiro adquire uma vaca pestilenta. Esta, por sua vez, acabou por transmitir a peste para todas as outras vacas, o que ocasionou a morte de todo o rebanho. É certo que o vendedor da vaca pestilenta tem que indenizar a vaca e a morte dos demais animais. Porém, o vendedor não terá que indenizar o fato do fazendeiro não conseguir plantar porque não tinha animais para arar a terra. Aqui há que se fazer referência, também, ao ônus de mitigar o próprio dano. Nota-se que a causa que rompeu o liame entre a causa anterior (vaca pestilenta) e o dano causado (não conseguir plantar) é um

fato gerado pela própria vítima (fazendeiro). Aqui, a própria vítima interrompeu a cadeia de causalidade, já que este teria o ônus de mitigar o próprio dano.

Na jurisprudência se vê um sincretismo absoluto entre essas duas últimas teorias. Na maioria dos casos em que o tribunal analisa o nexo de causalidade, o que se vê é a mistura dos conceitos de ambas as teorias.

#### 1.5.4 Teoria do Escopo de Proteção da Norma:

A teoria causal possui limitações, pois além de fundamenta-se apenas em relações causais; não delimitar quais danos poderão ser ressarcidos. Nesse sentido, Fernando Noronha trouxe para a doutrina brasileira primeira análise da teoria do escopo de proteção da norma. Para que um dano seja reparável, ele deve ter cabimento no escopo da norma violada. O autor ensina que é pressuposto da responsabilidade civil que o dano esteja contido no “âmbito da função de proteção assinada à norma violada”, ilustra dizendo que quem atropela um pedestre, deixando-o abandonado na estrada, responde não só pelas lesões corporais, como também por eventual furto sofrido pela vítima durante o estado de inconsciência, mas o terceiro que passa e omite a prestação de socorro responde apenas pelo eventual agravamento das lesões, mas não pelo posterior furto (NORONHA, 2013, p. 640 e ss.) .

Em estudo sobre a utilização do escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil, Guilherme Henrique Lima Reinig define os contornos da teoria alemã, expondo que a análise do escopo da proteção da norma violada, segundo Hermann Lange (1973, p. 301-337), decompõe-se em três aspectos: o pessoal, o material e o modal. O primeiro, o pessoal, se funda na ideia de que “a lei violada deve primeiramente visar à proteção do lesado e não apenas à proteção de outrem”. Em segundo lugar tem-se o componente material, que a rigor, não se distingue do pessoal, pois não basta que o lesado pertença ao círculo de pessoas protegidas, “também é preciso que o dano tenha surgido num bem jurídico, cuja proteção é visada pelo dispositivo violado”. Por fim, relativo ao modo de realização do dano, que segundo Hermann Lange trata-se de requisito de especial importância, pois “a maioria das leis de proteção não pretende prevenir toda espécie de ‘danificação’, mas apenas determinadas formas desta” (REINIG, 2018, pp. 237 -319).

Ora, ao aplicar o critério do escopo da norma, alerta Guilherme Reinig que, os tribunais não devem necessariamente se limitar ao objetivo imediato do legislador, porque a investigação do escopo da norma consistiria em um “programa de trabalho” que apenas esclarece a

verdadeira natureza das questões relevantes, servindo nesse sentido de orientação genérica para as cortes, às quais incumbe realizar o “programa” em vista do contexto sistemático e valorativo de seu próprio ordenamento, não sendo fundados os receios de uma excessiva restrição da responsabilidade civil. Investigar o escopo da norma não significa interpretar a vontade subjetiva do legislador.

Diferentemente da teoria da causa adequada, a teoria do escopo da norma não se esgota no juízo de adequação, pois abrange também os aspectos material e pessoal da proteção, mas também, pode responsabilizar quem viola um dever de conduta específico por uma consequência inadequada. Guilherme exemplifica:

Há um caso muito citado na doutrina alemã. Realizava-se uma obra em via aberta ao público usando-se um picareta. Nessas circunstâncias a jurisprudência alemã entende ser necessário cercar a área. A razão para isso é evitar que transeuntes sejam atingidos por estilhaços de pedras, concreto etc. No caso, o olho da vítima foi atingido por uma lasca de metal que se soltou da própria picareta. Foi uma fatalidade, pois, pela composição do material, isso é muito improvável e jamais havia sido registrado. A relação de causa e efeito seria inadequada, mas mesmo assim o BGH responsabilizou. O caso demonstra que critérios de causalidade nem sempre são decisivos. A teoria do escopo da norma talvez ajude a explicar essa justa decisão: a norma violada visa a proteger os transeuntes de estilhaços, pouco importando se provenientes do solo ou da própria máquina; nesse caso, o risco da fatalidade, que teria sido evitada pela observação da norma, corre por conta do autor do ilícito, que não pode invocar o improvável em seu favor. (REINIG, 2018, pp. 237 -319).

O caráter abstrato e genérico da fórmula da causalidade adequada pode fazer com que o julgador desconsidere aspectos concretos relevantes. Com a teoria do escopo da norma acentua-se, com efeito, a importância do fundamento específico da responsabilidade para os problemas de limitação da responsabilidade. Desde que devidamente compreendido, esse aspecto soma-se aos dois primeiros para justificar a distinção da teoria do escopo da norma em relação à da causalidade adequada (REINIG, 2018, pp. 237 -319).

Como se percebe, a teoria extrapola a própria ideia de causalidade, indo buscar na finalidade da norma jurídica infringida o complemento para a configuração da relação de causa e efeito entre uma conduta e o resultado prejudicial. Assim temos que o objeto de investigação do escopo protetivo é a norma de conduta violada, é preciso delimitar o seu âmbito de relevância nos níveis de imputação da responsabilidade por ato ilícito. Na obra dedicada especificamente à teoria do escopo da norma Stoll (1968, p 13 e ss), indica serem três os níveis de imputação da responsabilidade por ato ilícito. O primeiro nível é constituído pela infração de uma regra de conduta, o que, todavia, não é suficiente para fundamentar a responsabilidade civil; é necessário passar para um segundo nível, consistente na lesão de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido. E o terceiro trata-se do “dimensionamento do dano”

(Schadensbemessung), cujo objeto são “os reflexos do injusto sobre o patrimônio total assim como, na medida em que o dano não patrimonial é indenizável, sobre a redução total da personalidade do lesado” (REINIG, 2018, pp. 237 -319).

### 1.5 Responsabilidade civil dos hospitais pelos atos de médicos

O hospital é uma verdadeira universalidade de fato, formada por um conjunto de atividades que inclui instalações, aparelhos, instrumentos, corpo de pessoal administrativo e médico. Quando recebe um paciente, o hospital firma um contrato de prestação de serviços, seja escrito, verbal ou mesmo tácito, pelo qual se obriga a prestar serviços de qualidade, seja médico ou outros complementares, tais como, hospedagem, alimentação, medicamentos, equipamentos necessários ao tratamento ministrado, além de outros prestados pelo corpo de pessoal auxiliar, administrativo e de enfermagem (MELO, 2013, p. 138).

Nesse sentido, Nehemias Domingos de Melo observa que:

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 n2 10.406/02).

O Código de Defesa do Consumidor define a falha na prestação do serviço, em seu artigo 14, parágrafo 1º *in verbis*:

Art. 14. [...]

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

Segundo o dispositivo, para que o serviço prestado seja defeituoso, ele não deve fornecer a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado, os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época que foi fornecido. A responsabilidade pelo fato do serviço expõe que independente de culpa o fornecedor de serviços responderá pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como pelos acidentes de consumo, acontecimentos externos que causem dano material. A principal diferença entre o art. 12 e art. 14 do CDC está na designação dos agentes responsáveis. Ao tratar responsabilidade pelo fato do produto (art.12), o Código especificou os responsáveis, mas quando tratou da

responsabilidade pelo fato do serviço, falou apenas em fornecedor, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia produtiva. (CAVALIERI FILHO, 2019, p.623).

O direito consumerista deixa claro a responsabilidade civil objetiva dos hospitais, cujo os fundamentos se assentam, fundamentalmente no princípio da boa-fé e da transparência e nos deveres de segurança e informação. Como diz Tereza Ancona Lopez:

[...] a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima e, principalmente o risco que pesa sobre essa atividade, que tem que ser absorvido pelas pessoas jurídicas.

Logo, como ensinado por Noronha, para que o hospital seja isentado é necessário que fique provado a ocorrência de uma excludente contida no CDC, art. 14, § 3º, *in verbis*:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:  
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;  
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Fica fácil então compreender que o hospital responderá tanto pelos atos dos administradores, bem como dos médicos que lhes sejam vinculados, e também em relação aos danos causados por vícios ou defeitos de equipamentos, medicamentos, alimentação, hospedagem, guarda, transporte e outros serviços auxiliares (MELO, 2012, pp. 138-139).

A responsabilidade civil pela má prestação de serviço à luz do Código de Defesa do Consumidor está prevista no art. 14, onde, 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”.

Quando estudamos o erro médico é importante entender que ele está ligado primeiramente ao médico, sendo aferido subjetivamente. Consequentemente, mesmo que a responsabilidade hospitalar seja objetiva, advinda solidariedade de fornecedores, é importante entender que a demonstração da inexistência do defeito a elide.

No seu Manual de Direito do Consumidor, Leonardo Roscoe Bessa, discorda da posição doutrinária que equipara a solidariedade pelo fato do produto, art. 34, com aquela presente no art. 7, parágrafo único, pois para ele é necessário analisar o caso concreto, verificar a forma de atuação de cada fornecedor e analisar eventual incidência do disposto no art. 34 (solidariedade automática) ou do art. 7.º, parágrafo único (solidariedade decorrente de ato ilícito que requer prova específica). (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2017, p. 244)

Com efeito, o entendimento de Nehemias Domingos (2013, pp. 139,140) é de que a responsabilidade por erro médico, de hospitais, clínicas, casas de saúde e similares é objetiva, não cabendo segundo o autor perquirir sobre a eventual culpa da conduta médica, do pessoal auxiliar, ou de falhas dos equipamentos, bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados.

Nehemias Domingos faz questão de afirmar que:

[...] dizer que os hospitais e similares devem responder objetivamente por erro médico, não significa dizer que estão condenados a priori por todo e qualquer evento danoso ocorrido em suas dependências. Para se isentar do dever indenizatório bastará ao hospital provar, e este ônus é seu, de que não houve falhas, defeitos ou inadequação no serviço prestado, ou que o evento somente ocorreu em face de culpa da própria vítima ou de terceiros (MELO, 2013 p.140).

Então, não há razão para responsabilizar o nosocômio quando inexistir erro médico causador de dano, pois, como visto, nestes casos, apesar de objetiva, a aferição do defeito é realizada de maneira subjetiva, já que quem lhe dá causa é o profissional liberal.

Outro entendimento tem Cavalieri Filho, para ele, ainda que os serviços hospitalares sejam prestados por uma cadeia de fornecedores, médicos, hotelaria, medicação, aparelhos, equipamentos especiais e conseqüentemente se enquadrarem no Código do Consumidor com responsabilidade objetiva, respondendo solidariamente pelos danos sofridos por pacientes em razão de defeito do serviço hospitalar, essa tese, encontra desde logo obstáculo legal intransponível. A responsabilidade do médico, como profissional liberal, é subjetiva (Art. 14, § 4º, do CDC), enquanto a do hospital é objetiva. Assim, aponta o autor que como correta a solução encontrada pela jurisprudência do STJ, de só reconhecer solidariedade passiva entre hospital e médicos quando estes forem empregados ou prepostos daquele, mesmo assim reconhecendo responsabilidade subjetiva para ambos. Logo, não haverá lugar para a solidariedade passiva se ficar evidenciado que o defeito causador do dano ao consumidor surgiu em momento anterior ou posterior ao do ingresso de determinado fornecedor na cadeia produtiva, o que não há relação jurídica de preposição entre os fornecedores (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 620-621).

Ora, se a responsabilidade hospitalar por erro médico for considerada subjetiva, teremos a utilização da teoria da culpa presumida, ou aplicar-se-ia teoria da responsabilidade subjetiva clássica, qual seja, aquela que necessita da prova de culpa para que nasça o dever de reparar.

Há diversas decisões em Tribunais de Justiça, inclusive o de Santa Catarina, no sentido de que a responsabilidade hospitalar por erro médico seria objetiva, conforme será estudado

nos próximos capítulos, entretanto parte da doutrina, em especial, Miguel Kfoury Neto (2018, pp. 101-112), defende que o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não. Afirmam que a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; mas que, se houver culpa do médico nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambas pessoa física e jurídica ou de apenas um deles.

Destarte, percebe-se que não há um consenso na doutrina e jurisprudência a respeito da natureza da responsabilidade hospitalar pelo erro médico, sendo que o entendimento majoritário parecer ser no sentido de que a responsabilidade do hospital por erros de sua equipe médica deve ser aferida mediante culpa, e o que existe é uma solidariedade entre o hospital e o médico. A justificativa deste entendimento está no fato de que o hospital faz com o paciente um contrato de obrigação de meio, no que diz respeito à prestação dos serviços médicos (quando o médico é seu empregado), logo sua obrigação é de prestar o melhor serviço, não se obrigando a curar, sendo em todos os demais serviços complementares prestados pelo nosocômio, obrigação de resultado, aplicando-se nesse caso, então, a responsabilidade objetiva no tocante ao funcionamento defeituoso de instrumentos e equipamentos, bem como pelas falhas do pessoal paramédicos e pelos defeitos dos serviços de alimentação e hospedagem.

## **2 - A RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

Neste capítulo será realizada a análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade hospitalar pelo erro médico, com base em Recursos Especiais julgados no período de 2004 até 2018.

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou no dia 12/11/2018, Pesquisa Pronta<sup>18</sup>, ferramenta que possibilita acesso ao resultado de pesquisas sobre determinados temas jurídicos relevantes objeto de julgados do tribunal, com o tema: A responsabilidade de hospitais e congêneres por falhas em atos típicos de prestação de serviços hospitalares, como a contração de infecção generalizada, é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A responsabilidade subjetiva se limita aos atos médicos.

Assim, foi realizado um estudo naqueles acórdãos disponibilizados, na publicação do STJ, e foram selecionados os que tratam da responsabilidade hospitalar por erro médico. Destarte, um total de 13 (treze) Recursos Especiais, julgados de 2004 à 2018. Essa restrição possibilitou compreender melhor o entendimento da jurisprudência da Corte Superior, permitindo traçar os principais contornos da responsabilidade hospitalar por erro médico. Em tempo, foram realizadas consultas fora do âmbito da citada publicação, para se certificar que os julgados selecionados abrangessem todo o escopo necessário para a pesquisa.

### **2.1 Recurso Especial Nº 594.962 - RJ (2003/0171996-3)**

No Recurso Especial nº 594.692 – RJ (2003/0171996-3), julgado em 09 de novembro de 2004, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que o exame diagnóstico fornecido por laboratório radiológico é obrigação de resultado, portanto de natureza objetiva.

Em sua inicial, a autora, recorrente, narrou que permaneceu hospitalizada após vários meses com sofrimento diário, seu médico realizou tomografia computadorizada do abdômen e da pelve para a elaboração do correto diagnóstico. A tomografia constatou a existência de cliques metálicos intraperitoneais na fossa ilíaca à direita, de sorte que o médico sugeriu a procura de outra equipe médica e de um imunologista. A recorrente procurou novo médico e sobrevieram

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?preConsultaPP=000005996/1>>. Acesso em :10/05/2019

outros exames, todos inconclusivos. Por fim, quase um mês depois, fora submetida a um exame denominado de laparoscopia, pelo qual se percebeu a existência de alteração no apêndice, o qual foi retirado e algum tempo depois, a recorrente se recuperou completamente.

Diante dos fatos a vítima exigiu indenização por danos materiais e morais sofridos no período de tempo compreendido entre o laudo médico defeituoso elaborado pela recorrida e a retirada do apêndice.

Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, o erro não foi considerado crasso, grosseiro, além disso, porque não existe qualquer nexo de causalidade entre os males apresentados pela autora, no laudo elaborado pela Ré.

Inconformada com o decisum, a autora apelou. Sobreveio acórdão em que o TJ/RJ, por maioria, deu provimento à apelação da recorrente, dado que concluiu ter a autora sofrido danos materiais e morais, causados pelo erro da apelada.

Os embargos infringentes interpostos pela recorrida foram acolhidos com o restabelecimento da sentença, sob o fundamento de não ter sido demonstrado o nexo de causalidade entre os danos sofridos pela recorrente e o comportamento da recorrida. Os posteriores embargos de declaração interpostos pela recorrente foram rejeitados. Assim foram as razões que culminaram neste recurso especial.

Contata-se então que, a questão central consistiu em decidir qual é a natureza da obrigação do laboratório hospitalar: se de resultado ou de meio. Conseqüentemente, em caso de erro de diagnóstico se a responsabilidade será objetiva ou subjetiva.

A Terceira Turma do STJ, ao apreciar o processo, fundamentou que a existência de defeito no serviço médico prestado pela recorrida é inconteste, uma vez que o laudo médico por ela elaborado continha conclusão equivocada, portanto o fornecimento do serviço foi defeituoso e esse defeito não decorreu de risco inerente ao serviço prestado.

Em suma, o diagnóstico errado levou à mudança no tratamento ministrado à autora, o que fez piorar o seu estado de saúde, causando-lhe sofrimento por um período bem maior e, quando submetida a uma cirurgia de emergência, o quadro infeccioso já estava bem avançado, o que a levou a um pós-operatório traumático. Logo, o erro no laudo médico causou substancial atraso no correto diagnóstico da recorrente, com evitáveis sofrimentos para ela, motivo pelo qual se evidencia o nexo de causalidade entre o serviço médico defeituoso e os danos extrapatrimoniais sofridos pela recorrente.

Este caso julgado pelo STJ é paradigmático ao definir os serviços médicos laboratoriais como obrigação de resultado, ainda que prestado diretamente pelo médico, que como profissional liberal teria responsabilidade subjetiva. Neste caso entendeu-se que os serviços médicos laboratoriais têm natureza empresarial, e sujeitam-se à responsabilidade objetiva pelo fato do serviço.

Foram citadas no acórdão as palavras de Sérgio Cavaliere Filho, porque o autor defende não haver incompatibilidade entre responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e responsabilidade objetiva, apesar de grande parte da doutrina se recusar a enquadrá-los no art. 1º caput, pois entendem não ser possível responsabilizá-los em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgia e tratamentos. No entanto o autor esclarece que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou em outro tratamento, se não for possível apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 386).

## 2.2 Recurso Especial Nº 400.843 - RS (2001/0196593-7)

No Recurso Especial nº 400.843 - RS (2001/0196593-7), julgado em 17 de fevereiro de 2005, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que o nosocômio é responsável pelo atendimento médico em serviço de emergência, independentemente do médico ser empregado do hospital.

Em sua inicial, a autora, recorrente, menor impúbere, alegou que estava brincando em sua casa quando caiu sobre seu braço e foi levada por sua mãe ao hospital. Atendida no setor de emergência, foi constatada fratura no cotovelo do braço direito, devendo submeter-se à cirurgia, que, entretanto, não foi realizada, ao contrário foi lhe colocada uma tala e solicitado o retorno no dia seguinte. Apresentando febre e vômitos, além de dor, foi novamente conduzida por seus pais, no dia seguinte, ao hospital réu. Foi medicada com aplicação de injeção de Plasil. Dias depois, de madrugada, a dor tornou-se insuportável e os pais a levaram novamente ao hospital, o qual estava fechado. Dirigiram-se então ao Hospital Cristo Redentor para que fosse medicada de imediato.

Na manhã seguinte, como o prontuário estava no hospital réu, para lá retornaram, quando foram informados de que deveria ser feita intervenção cirúrgica no braço direito, ficando a menina internada. Horas depois, um médico informou que o quadro era de infecção

generalizada, o que levava à amputação do membro e diante disso, foram aconselhados a levar a filha ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, para tentar salvar o braço da menina.

A transferência foi feita com a menina em estado de coma, com isquemia de Volkmann. Foi operada na tentativa de corrigir e recuperar os movimentos, mas também para amenizar a aparência de mutilação. Passados dois anos, a menina não mais conseguia esticar e fechar o braço e a mão, bem como não possuía firmeza em sua mão e seus dedos.

Em primeira instância o pedido foi julgado procedente, em parte. Considerou o Juiz que a prova seria irrefutável e que a realização da cirurgia, recomendada em casos de contratura isquêmica de Volkmann, foi tardia, configurada a responsabilidade do hospital pelos danos.

Inconformada com o decisum, o nosocômio apelou, e sobreveio acórdão em que o TJ/RS, por maioria, proveu, para acolher a ilegitimidade passiva do hospital diante da ausência de relação de preposição entre o hospital e os médicos de seu corpo clínico. Entendeu o colegiado que, o hospital não diz ao médico qual o procedimento que vai ser adotado para a cura, ou para a intervenção nesse ou naquele paciente, nem determina quando o médico deve mudar de conduta científica. Sequer o hospital pode dar alta a um paciente por conta própria. Só o médico pode fazer isso. Acontece na medicina um grau de independência que talvez em pouquíssimas profissões liberais exista. Na sua ciência, o médico é absoluto, não deve obediência a ninguém, a não ser a sua própria ciência, a sua consciência. Decidido então, por maioria, que não foi demonstrada a relação de preposição entre o hospital e os médicos.

Entretanto, para o voto minoritário, foi indubitável a "negligência da entidade hospitalar, eis que, embora correto o tratamento efetuado pelo médico de plantão, o foi tardiamente, possibilitando o aparecimento de quadro infeccioso grave e causador de danos irreversíveis" (fl. 486), sendo "ainda mais inaceitável quando ocorrido em hospital especializado na área e, também, por ter sido a autora, nesse ínterim, examinada por vários médicos, que se revelaram omissos em adotar de imediato, como exigia o caso, a fasciotomia" (fl. 486). Foram opostos embargos infringentes, mas o julgado da apelação foi mantido. Assim foram as razões deste recurso especial.

Verifica-se, portanto que a questão central consistia em decidir se o hospital é responsável pelos erros médicos, ainda que sem vínculos empregatícios, em atendimentos de emergência que disponibiliza.

O Ministro relator, Carlos Alberto Menezes Direito, fundamentou sua decisão esclarecendo que quando o paciente é internado sob a responsabilidade de seu médico,

previamente escolhido, a responsabilidade do hospital se restringe aos seus domínios, não havendo nexos de causalidade com o erro do médico propriamente dito. Por outro lado, quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço, no local, a responsabilidade em razão das consequências danosas da terapia pertence também ao hospital.

Em suma, neste caso, pouco importa a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado, nesse cenário, não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. Nessa esteira o acórdão foi reformado para responsabilizar o nosocômio pelo erro de seu médico plantonista.

A análise deste caso é de muita importância, pois traz elementos claros para identificar o nexo de causalidade entre o dano proveniente de erro médico e a responsabilização do nosocômio, solidariamente. A alegação de que o hospital não é alcançado pelo erro médico, quando este não é seu preposto, e somente utilizaria de suas instalações, não merece prosperar. Quando o serviço médico é prestado pelo próprio hospital, como em casos de emergência, sabe-se que o paciente está à procura de tratamento urgente, sem condições de escolher, haja visto que o tempo não lhe é favorável. Ao procurar atendimento emergencial, pouco se importa com o médico que realizará o atendimento, claro que ele é importante, todavia a relação com o hospital faz-se em primeiro plano, entrega-se a este a necessidade do serviço a ser prestado.

Utilizar-se do serviço de plantonista é prática reiterada pelos nosocômios, todavia atribuir-lhes a total responsabilidade pelos pacientes que são atendidos em seus estabelecimentos é terceirizar o serviço e a responsabilidade, e ainda receber por isso. Destarte, acredita-se que a decisão da Corte Superior é acertada, ao passo que se está diante de uma relação de consumo, nessa toada os serviços prestados formam uma cadeia de fornecedores, nesse sentido melhor explica Sérgio Cavalieri Filho:

Não há divergência também quanto a serem os hospitais prestadores de serviços e, como tais, se enquadrarem no Código do Consumidor; têm responsabilidade objetiva. Pois bem, a prevalecer a tese da responsabilidade solidária abrangente de todos os partícipes da cadeia de fornecedores com base no artigo 14 do CDC, todos - hospital, médicos, fornecedores de medicamentos, de alimentos etc. -, deveriam responder solidariamente pelos danos sofridos por pacientes em razão de defeito do serviço hospitalar. (CAVALIERI FILHO, 2019, p.620). (Cavalieri Filho, 2019, p. 620)

Nos parece claro a existência de vínculo entre paciente e nosocômio, pois o consumidor acredita que aquele é o responsável pelos profissionais que ali prestam serviços, zelando inclusive pela qualidade dos mesmos.

### 2.3 Recurso Especial Nº 258.389 - SP (2000/0044523-1)

No Recurso Especial nº 258.389 - SP (2000/0044523-1), julgado em 16 de junho de 2005, a Quarta Turma do STJ, adotou-se o entendimento de a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos proponentes.

Em sua inicial, os autores, pais da menor J.F.S.B., filha do casal, alegaram defeito na prestação médica, que acarretou o falecimento da menor nas dependências do nosocômio, devido à conduta negligente dos médicos credenciados do plano de saúde mantido e administrado pelo hospital.

Em primeira instância o pedido foi julgado procedente, com a condenação dos réus solidariamente. Informou a sentença que o atendimento médico da menor "foi feito com base no convênio GAME", sendo os médicos credenciados. Este convênio era administrado pelo hospital, que é quem selecionava os profissionais e fazia o pagamento dos honorários. Então, demonstrada a conduta imperita do preposto defluiu a responsabilidade do nosocômio.

Foram interpostas apelações, ao que o TJ/SP deu provimento parcial para excluir o pensionamento, com manutenção, entretanto, da verba relativa ao dano moral, mas que somente responderia o estabelecimento hospitalar, de forma objetiva, pois não foi demonstrada culpa médica. Excluiu-se então, a responsabilidade dos dois médicos.

Inconformado o Hospital opôs embargos de declaração, que foram rejeitados por guardar o recurso. Estas foram as razões para interposição do recurso especial.

Neste contexto, percebemos que a questão central consistia na possibilidade de imposição de responsabilidade objetiva ao hospital, diante da inexistência de erro médico, defeito.

O Ministro relator, Fernando Gonçalves, esclarece que é importante destacar que a exclusão da culpa dos médicos (prepostos) resulta consequente e necessariamente a exclusão da culpa do hospital (proponente). Argumenta que na responsabilidade, pela ótica do Código

de Defesa do Consumidor, prevalece o entendimento de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

Desta maneira, no caso específico dos hospitais, afirma que será objetiva, a responsabilidade, apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada.

Conclui então, o Ministro, que uma vez que os médicos que cuidaram da filha dos autores não têm culpa pela morte da criança, constatação extraída do acórdão recorrido com base nas provas dos autos, não há fundamentos para condenar o hospital.

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini, em voto-vista, acrescentou que a exclusão da culpa dos médicos resulta, conseqüente e necessariamente, a exclusão do nexos causal entre a conduta do hospital e o evento danoso, imprescindível à responsabilização subjetiva ou objetiva do mesmo.

A decisão do STJ, no presente caso, reforça o entendimento que a responsabilidade objetiva do hospital necessita de nexos causal com o dano, de maneira que, o dano per se não é causa de responsabilização, nesse sentido Miguel Kfoury Neto leciona que o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão (KFOURI NETO, 2018, p94).

Cumprе ressaltar que os profissionais médicos atuam para evitar, ou pelo menos mitigar danos, por conseguinte, pela teoria da causalidade necessária, percebe-se que nos casos em que não há culpa médica, o dano ocorreria oportunamente, de sorte que a ação médica, desprovida de culpa, não pode ser considerada ilícita, nem a causa do dano.

Por fim, percebe-se que apesar de não ter mencionado expressamente nos fundamentos da decisão, o que se constata neste caso concreto é a inexistência do defeito na prestação hospitalar, uma vez que não houve erro médico, embora a atuação médica possa ter contribuído para o evento danoso, a conduta não foi antijurídica, pela inexistência de culpa.

## 2.4 Recurso Especial Nº 351.178 - SP (2001/0108187-8)

No Recurso Especial nº 351.178 - SP (2001/0108187-8), julgado em 03 de abril de 2008, a Quarta Turma do STJ adotou o entendimento de que a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. E que, o cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital.

Em sua inicial, os autores ingressaram com ação de indenização por J. P., que se internou no hospital para submeter-se a uma cirurgia de correção de fratura na clavícula e de lá saiu em estado vegetativo, devido a complicações decorrentes da anestesia geral.

Em primeira instância a sentença julgou improcedente a ação em relação aos médicos E.L.M e I.C e acolheu parcialmente o pedido dos autores em relação ao nosocômio, condenando-o.

Inconformados os autores e o nosocômio apelaram, de maneira que o TJ/SP conferiu provimento, em parte e por unanimidade, aos recursos de apelação interpostos pelos autores, para julgar procedente a ação de indenização em relação ao médico-cirurgião E.L.M. e ao anestesista I.C., estabelecendo a responsabilidade solidária de ambos e condenando-os ainda ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios. Por outro lado, conferiu provimento, por maioria, à apelação do hospital, julgando a ação improcedente em relação a ele, vencido o relator, que se manifestou no sentido da condenação solidária do nosocômio e dos médicos.

Opostos embargos infringentes pelos autores e pelo médico cirurgião, E.L.M., os primeiros com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido, que admitia a responsabilidade solidária do hospital, e o segundo suscitado incidente de uniformização jurisprudencial, foram os embargos rejeitados e o incidente de uniformização de jurisprudência indeferido, por unanimidade.

Assim, todos os litigantes irredimidos na parte em que foram vencidos, interpuseram recurso especial.

Verifica-se, portanto, que a questão central consiste em decidir se o nosocômio era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, quando o dano decorrer de falha técnica restrita à profissional médico que não tenha vínculo com o hospital. Ademais, buscou-se definir se o cadastro que os hospitais mantêm de médicos que utilizam suas instalações é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital.

Em voto vencido, o Ministro Massami Uyeda entendeu que a questão do enquadramento do médico e do anestesista como prepostos do hospital afigura-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, porquanto a responsabilidade civil do hospital como prestador de serviços de saúde, em casos como o dos autos, é objetiva. O art. 14, § 1º e incisos, do CDC admitem a responsabilização pelo fato do serviço, aplicável ao caso, pois é certo que o serviço prestado pelo hospital apresentou defeito, frustrando as expectativas legítimas do consumidor e lesando o princípio da boa-fé objetiva, devendo o hospital responder objetivamente pelos danos causados ao paciente.

Logo, constatada a ocorrência de fato do serviço (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor) e reconhecida a aplicação da teoria do risco da atividade, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, conclui-se que a responsabilidade do hospital pelos danos causados ao paciente é objetiva, decorrente da relação de consumo que envolveu os serviços médico-hospitalares prestados.

O Ministro João Otávio de Noronha, relator do voto-vista, convenceu-se de que não houve falha de serviços atribuível do hospital, pois não haveria nexos causal com os serviços deste (instrumentação cirúrgica, higienização adequada, vigilância, ministração de remédios etc). Conquanto as consequências atinentes ao ato cirúrgico são de responsabilidade exclusiva dos médicos, profissionais sem nenhum vínculo com o hospital recorrente.

Argumentou ainda que, não há serviço hospitalar defeituoso quando inexistir vínculo de emprego entre os médicos e o hospital, que a mera existência de um cadastro não é suficiente para caracterizar relação de subordinação do médico ao hospital, pois trata-se de organização empresarial, diferente é o conceito de preposto, no qual uma pessoa desenvolve atividade no interesse de outro, sobre suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.

Este julgado é paradigmático e veio a ser utilizado como precedente em vários outros que seguiram<sup>19</sup>, todavia não há muita clareza na aplicação dos institutos jurídicos, como exemplo, o Ministro João Otávio de Noronha ao afirmar em seu voto que:

[...]a responsabilidade civil dos hospitais, quanto às atividades desenvolvidas por médicos, independentemente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva; caso contrário estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre médico e paciente é de resultado, pois, em última análise, o hospital estaria garantindo o resultado que o médico não pode garantir.

Não há uma clareza porque, ao falar sobre a responsabilidade dos hospitais pelo erro médico e dizer que esta seria subjetiva, se esquece o Ministro que a natureza da responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva, está relacionado à culpa, e que no caso da responsabilidade do hospital, a mesma será objetiva, não porque o defeito (erro médico) deverá ser analisado independente da culpa, mas porque tendo havido o erro médico, culposo, o nosocômio, independente de culpa própria tornar-se-á responsável.

A questão, contudo, é que, o fato de o defeito apresentado nesta relação depender de uma análise subjetiva, visto que o erro médico é em primeiro lugar verificado através da conduta do profissional, sobre o manto do art. 14, § 4º, não implica ser subjetiva a responsabilidade do hospital. Há que se provar neste caso, somente o nexos causal entre o erro médico e a instituição para que a obrigação de reparar configure-se. Ou seja, a análise de responsabilidade do nosocômio será realizada em momento posterior.

Assim, apesar de entender que a decisão do caso é correta, uma vez que não há vínculo de subordinação dos médicos (causadores do dano) e o hospital, afirmar que a responsabilidade do nosocômio é subjetiva não nos parece acertado.

## 2.5 Recurso Especial Nº 908.359 - SC (2006/0256989-8)

No Recurso Especial nº 908.359 - SC (2006/0256989-8), julgado em 27 de agosto de 2008, a Segunda Seção do STJ, adotou o entendimento de que a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao

---

<sup>19</sup> STJ, REsp 908359/SC, j. 27.08.2008, rel. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão João Otávio de Noronha. STJ, REsp. 1145728/MG, j. 28.06.2011, rel. João Otávio Noronha, rel. p/ acórdão Luis Felipe Salomão. STJ, REsp 986648/PR, j. 10.05.2011, rel. Paulo de Tarso Sanseverino. STJ, AgRg no AREsp 498667/SP, j. 27.05.2014, 1653 re. Sidnei Beneti.

profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

Em sua inicial, a autora alegou em síntese, que foi submetida a cirurgia de varizes na perna esquerda e que, em decorrência de imperícia, teve seus nervos lesionados. A autora afirmou ter perdido o movimento normal de sua perna, o que a impossibilita de mover os dedos dos pés, lhe causa dores e perda de equilíbrio, além de inviabilizar caminhada por mais de uma hora.

Em primeira instância, a sentença afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo hospital por considerar que ele participou do faturamento e cedeu seus funcionários para o auxílio do cirurgião, considerou "indubitável que do procedimento cirúrgico resultou o comprometimento dos movimentos da perna, bem como do pé esquerdo da autora" (fls. 272), que "o réu P. A. R. S. agiu de forma imprudente, negligente e imperita" (fls. 273). Assim, o hospital e o médico P. A. R. S. foram condenados, solidariamente, a indenizar os danos materiais até então suportados pela autora, a compensar-lhe os danos morais.

Inconformado com a sentença, apenas o hospital interpôs apelação, e o TJ/SC deu parcial provimento ao recurso, para tão somente limitar o prazo da pensão mensal até a data em que a paciente completasse 65 anos de idade, porque entendeu responder solidariamente, pelos erros médicos ocorridos em suas dependências, a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos e pessoal para médicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente.

Diante dos fatos, o hospital interpôs Recurso Especial, sustentando que não pode ser responsabilizado solidariamente porque o cirurgião não pertence ao quadro clínico do hospital tendo apenas locado espaço para a realização da cirurgia.

Verifica-se, portanto, que a questão central da lide gira em torno da imputação da responsabilidade solidária de forma presumida, objetiva, na reparação de danos que decorram de procedimento médico de profissional sem vínculo com o hospital.

O Acórdão do STJ não foi unânime nas suas razões de decidir, sendo que foi vencido o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, que não conhecia do recurso especial impetrado pelo nosocômio, porque a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, decorrente do Código de Defesa do Consumidor, é decorrente da cadeia de fornecimento de serviços médicos, concluindo que o hospital teria que demonstrar; a inexistência de defeito no serviço, a culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor e a eventual quebra do nexo causal, ao

passo que "nenhuma dessas circunstâncias excludentes de responsabilidade foi reconhecida pelas instâncias ordinárias".

Ainda somando-se ao voto da relatora o Ministro Sidnei Beneti, atribuindo a responsabilidade subjetiva ao hospital, reconhecida pelo Acórdão recorrido, argumentando que pela frequência de atendimentos, realizados no hospital em recorrente, usando de pessoal e materiais deste, tem-se situação como a de alguém que fosse realmente contratado pelo hospital, sendo caracterizado a relação empregatícia.

Contudo, o Ministro João Otávio de Noronha, abriu divergência, dando provimento ao recurso, excluindo a responsabilidade do hospital e julgando improcedentes os pedidos da ação, sustentando, em síntese, que inexistente a responsabilidade objetiva do hospital, em se tratando de médicos sem vínculo com o hospital, mas, sim, a falha do médico, por imperícia, pela qual não responde o hospital ao qual não vinculado, sendo que o contrário implicaria atribuir caráter de obrigação de resultado ao contrato de prestação de serviços médicos, de maneira que a teoria da responsabilidade objetiva, se aplicada ao hospital, garantiria ao paciente indenização de qualquer forma pela qual se realizasse o serviço médico e não se podendo atribuir ao hospital a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço por parte de cada médico, embora geralmente os hospitais tenham cadastros de médicos.

Acompanhando a divergência, o Ministro Fernando Gonçalves, acrescentou que se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual e desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional, que atue como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado. Nesse sentido votaram também o Ministro Aldir Passarinho Junior e o presidente, Ari Pargendler, com o voto de desempate.

Este acórdão, conquanto não tem decisão unânime, mostra a divergência no entendimento da responsabilidade hospitalar pelo erro médico.

De um lado a ideia de cadeia de fornecimento de serviços médicos, pela clara colaboração entre hospital e médico, de modo que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada - os médicos realizam determinadas cirurgias em hospitais que lhes propiciem maiores vantagens e os hospitais, por sua vez, têm interesse que o maior número de médicos se

valham de seus serviços – diante disso os hospitais devem ser considerados fornecedores, e como tal responder pelos defeitos.

Por outro lado, há o entendimento que, o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados pela imperícia médica, pois, não tendo o médico em questão prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto aos erros destes médicos.

É importante trazer o entendimento exposto pelo Ministro João Otávio de Noronha:

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

Analisando-o, não parece acertado a ideia de que a responsabilidade objetiva aplicada ao nosocômio implicaria necessariamente na reparação do dano sofrido pelo paciente, independentemente de erro médico. Isso porque ainda que objetiva, é necessário o nexo de causalidade entre o dano e o serviço hospitalar, e como explanado neste trabalho, se não há erro médico, o dano que o paciente possa vir a sofrer não tem por causa a prestação médica. Nesse sentido Kfoury Neto esclarece:

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão. (KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 71-72)

## 2.6 Recurso Especial Nº 605.435 - RJ (2003/0167564-1)

No Recurso Especial nº 605.435 - RJ (2003/0167564-1), julgado em 22 de setembro de 2009, a Quarta Turma do STJ, adotou o entendimento de que o cirurgião chefe quando dirige a equipe, é responsável solidário junto aos demais profissionais que participam do ato cirúrgico e estão subordinados às suas ordens.

Em sua inicial, a autora, ora recorrente, visando melhorar os seios e o abdômen, foi submetida a uma cirurgia estética, tendo tudo transcorrido normalmente. Durante a fase de

curativos, contudo, a recorrente teve parada cardiorrespiratória, vindo a entrar em estado de coma, no qual permaneceu por 14 dias. Foi diagnosticado, segundo consta da perícia, "encefalopatia global pós-hipóxia em sofrimento tronco cerebral, o que significa patologia ou doença da estrutura encefálica (cérebro), produzida pela redução exagerada ou falta de irrigação sanguínea e de oxigenação das células do sistema nervoso central".

O pedido de indenização não tem como causa o resultado estético da cirurgia, mas a afetação da saúde da recorrente. A perícia foi conclusiva no sentido de afastar a responsabilidade do cirurgião, ora recorrido, atribuindo-a ao anestesista. Todavia, mesmo com relação a este, o laudo apresentou-se evasivo, pois não afirmou que as providências adotadas pelo médico levaram a paciente ao estado em que se encontra.

Em primeira instância decidiu-se pela improcedência do pedido sob o argumento de que não houve culpa do cirurgião e da clínica no evento danoso e que, tampouco, há responsabilidade solidária do cirurgião por culpa *in eligendo*, pois o profissional indicado tinha qualificação técnica e não havia sofrido punição por imperícia anterior. Afastou, ainda, a hipótese de preposição do anestesista, pois ele não fazia parte da equipe do cirurgião e, tampouco, fora contratado pela clínica.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirmou a sentença, sob o entendimento de que a responsabilidade é exclusiva do anestesista e que este não se encontra no polo passivo da ação. Afastou-se, por conseguinte, a responsabilidade solidária do cirurgião.

Os recorrentes indicaram divergência de entendimento jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o Recurso Especial n. 53.104-RJ, da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, no qual se decidiu pela presunção da responsabilidade do cirurgião chefe na ocorrência de danos advindos de atos cirúrgicos, mesmo que não ocasionados diretamente por ele.

Destarte, portanto, a questão central consistia em decidir se o anestesista contratado pela Clínica, através de seu cirurgião chefe, figuraria como preposto, de maneira que demonstrada a culpa do profissional, responderia de maneira objetiva pelos danos por aquele causados.

O relator, Ministro João Otávio de Noronha, foi voto vencido, para ele ainda que na divergência suscitada, no Recurso Especial n. 53.104-RJ, da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, tenha se decidido pela presunção da responsabilidade do cirurgião chefe na ocorrência de danos advindos de atos cirúrgicos, mesmo que não ocasionados diretamente por ele, a doutrina caminha em sentido contrário, que Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho sustentam que, com o desenvolvimento das especialidade médicas, não se pode mais

atribuir ao cirurgião chefe a responsabilidade por tudo o que ocorre na sala de cirurgia, mormente quando discriminável o desempenho individual de cada especialista que compõe a equipe cirúrgica. Assim, o acórdão deveria ser mantido, pois, de fato, não se poderia atribuir a responsabilidade ao cirurgião pela escolha do anestesista, que se apresentava perfeitamente qualificado para o mister a ser desenvolvido, tendo, inclusive, participado de outras cirurgias com a mesma equipe e obtido êxito.

Portanto, a escolha do médico anestesista pelo cirurgião chefe não atrairia para este a responsabilidade por atos daquele, se os atos de um e outro puderem ser individualizados, e se o anestesista estiver fora do âmbito de subordinação ao cirurgião. Conquanto ainda que o acórdão recorrido tenha se assentado no laudo pericial para afirmar a culpa do médico-anestesista, este, no caso, não integrou a lide e, por isso, nem sequer teve oportunidade de contrariar a conclusão do perito. Além disso, afirmou-se, no acórdão recorrido, textualmente, que inexistiu relação direta entre a falha na prestação do serviço médico e irregularidade nos serviços efetivados pela clínica, fato que afasta a responsabilidade desta.

Entretanto, em voto-vista, o Ministro Luiz Felipe Salomão, partindo da premissa que a sentença e o acórdão reconheceram a ocorrência de erro, restando incontroverso a culpa manifesta do anestesista. Ressaltou que, embora, de fato, o desenvolvimento da medicina implique a diversificação das especialidades e compartimentalização das atividades de cada profissional durante o procedimento cirúrgico, não se pode olvidar que o cirurgião chefe, ou seja, aquele que realiza o procedimento principal, dirige a equipe, estando os demais membros subordinados às suas ordens para que a intervenção se realize a contento, inclusive o anestesista, evidente que compete ao cirurgião a escolha dos profissionais que participarão da equipe que ele dirigirá, podendo, até mesmo, recusar-se a trabalhar com especialistas que não sejam de sua confiança.

Dessa maneira, não só há relação de subordinação desses profissionais em relação ao chefe da equipe, ainda que autônomos, mas também que o cirurgião responde pelos atos dos outros médicos, membros da equipe, e dos auxiliares (enfermeiros, técnicos de enfermagem, instrumentadores, dentre outros), pois estes possuem âmbito decisório, cada qual em seu campo de atuação, mas todos atuando dentro do cenário cirúrgico sob a regência do cirurgião-chefe.

Com efeito, no caso de equipes médicas formadas para a realização de uma determinada intervenção cirúrgica, o chefe, ou melhor, aquele que realiza o procedimento cirúrgico principal, responde pelos atos de todos os participantes escolhidos e subordinados a ele,

independentemente da especialização, nos termos do art. 1.521 do CC/1916 c/c com o art. 25, § 1º e 34, ambos do CDC.

Portanto, se o anestesista agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava diretamente subordinado.

Nessa toada, no caso dos autos, o contrato de prestação de serviços foi firmado entre a autora, a Clínica e o cirurgião e, tendo sido comprovado o defeito no serviço, mediante a culpa reconhecida e incontroversa do anestesista, profissional subordinado ao chefe da equipe e proprietário da clínica, responsável também está nos termos do art. 14 do CDC.

Assim, configurada a existência do fato do serviço, respondem solidariamente pela indenização todos aqueles responsáveis pelo acidente de consumo, no caso o anestesista, o cirurgião-chefe e a clínica.

Por fim o Ministro Aldir Passarinho Júnior, acrescentou que dificilmente se poderia admitir uma autonomia do anestesista em relação a uma cirurgia chefiada pelo cirurgião-chefe e executada na clínica deste mesmo cirurgião, ressaltando que, talvez, haja autonomia em outros casos, mas, não na situação do caso.

A dúvida que paira neste acórdão se resume na hipótese de que os serviços de médico anestesista seriam considerados independentes, porque pela sua especialização a obrigação de reparar não poderia extravasar de sua competência. Entretanto, no caso apresentado temos situação em que a autora procurou uma clínica e com ela contratou os serviços, sendo que não teve participação na escolha do profissional anestesista, logo faz-se necessário entender que o fato do serviço irradia-se pela cadeia de fornecedores, e que neste caso fica claro a relação de preposição entre a Clínica e o Cirurgião chefe, por aqueles que a seu mando prestaram o serviço, o que caracteriza um proponente, o qual, segundo o Dicionário Aurélio, é “que ou quem constitui, em seu nome, por sua conta e sob sua dependência, para ocupar-se dos negócios relativos a suas atividades, um auxiliar direto”.

Certo é que houve falha (defeito), nos serviços que foram prestados pela Clínica, não há como responsabilizar exclusivamente o médico anestesista, pois fica claro, que a relação deste com a paciente se deu por via da Clínica, logo, bem como se responsabiliza o nosocômio pelo atendimento de médicos plantonistas em serviços de emergência, neste caso, o profissional escolhido pelo cirurgião médico lhe responsabilizará pelos danos que possa causar.

## 2.7 Recurso Especial Nº 986.648 - PR (2007/0215972-5)

No Recurso Especial nº 986.648 - PR (2007/0215972-5), julgado em 10 de maio de 2011, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que o ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida, por imposição legal, porque a regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

Em sua inicial, o autor, cônjuge da vítima falecida (G.C.), narrou que, no início do mês de maio de 2000, G.C., então como 33 anos de idade, passou a apresentar problemas de tontura, perda do equilíbrio, fraqueza, vômito, tendo procurado a Unidade de Pronto Atendimento 24 horas da clínica recorrida, sendo avaliada pelos seus médicos plantonistas, medicada e liberada. Como as crises persistiram, retornou dois dias depois à clínica, sendo novamente atendida e liberada sem fosse realizado exame mais minucioso. Quatro dias depois, retornou novamente à clínica, quando foi orientada a procurar um neurologista. Seis dias depois, teve uma forte crise cefálica, sendo internada na unidade de pronto atendimento da clínica recorrida. Consultou em duas oportunidades com o neurologista vinculado à clínica, que diagnosticou o seu problema como labirintite. Os sintomas prosseguiram por mais um mês, tendo sido avaliada pelo neurologista responsável pela unidade, que diagnosticou a paciente como normal.

No dia 21/06/2000, foi novamente internada na clínica recorrida, sendo reafirmado o diagnóstico de labirintite. Procurando outro médico, foi realizada ressonância magnética, que diagnosticou o verdadeiro problema da paciente (neurocisticercose). Diante da cefaléia profunda, foi novamente internada na unidade de pronto atendimento da clínica recorrida, vindo a falecer no dia seguinte nesse local. Assim, a alegação central da petição inicial, como causa de pedir, é a ocorrência de defeito na prestação de serviços consistente em sucessivos erros e omissões praticados pelos médicos prepostos da clínica demandada por um período de quase dois meses, não chegando ao diagnóstico correto da doença de que era acometida e culminando com o óbito da paciente.

Em primeira instância, em decisão interlocutória, foi deferida a inversão do ônus da prova, para que coubesse à operadora de plano de saúde a prova de que seus profissionais agiram com zelo e adequação, com base no art. 6º, VIII, do CDC, na mesma decisão foi indeferida a denunciação da lide aos médicos prepostos.

Destarte, irredimida com a decisão, a clínica agravou a decisão, agravo este que foi provido parcialmente pelo TJ/PR para, aplicando a regra do § 4º do art. 14 do CDC, reconhecer

como subjetiva a responsabilidade civil da demandada, afastar a inversão do ônus da prova deferida em primeiro grau e manter a impossibilidade de denunciação da lide aos médicos. Em razão disso, o autor irressignado, interpôs recurso especial, buscando a aplicação do § 3º do art. 14 para restabelecer a decisão de primeiro grau.

Verifica-se, portanto, que a questão central consiste em decidir a natureza jurídica aplicável à responsabilidade civil da clínica pelos atos praticados por seus prepostos, se objetiva, ou por se tratar de serviços de profissionais liberais, subjetiva.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator, analisou a questão e expôs que a regra geral do CDC, para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo caput do seu art. 14, é de que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, "independente de culpa" do fornecedor, todavia, essa responsabilidade civil da clínica recorrida, embora objetiva, não é absoluta, podendo ser afastada com fundamento em uma das excludentes do § 3º do art. 14 do CDC, como a inexistência de defeito, a culpa exclusiva da vítima ou o fato exclusivo de terceiro.

Nessa toada, em relação ao caso em tela, a excludente da inexistência de defeito, cujo ônus probatório foi atribuído pelo legislador do CDC ao fornecedor, *in verbis*:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:  
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;  
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Logo, concluiu o Ministro que o ônus da prova da inexistência de defeito na prestação do serviço, por imposição do próprio legislador, seria da clínica recorrida. Consequentemente, poderá a clínica recorrida excluir a sua responsabilidade civil mediante a comprovação de que inexistiu defeito na prestação de serviço, demonstrando ter adimplido corretamente as suas obrigações em relação à paciente falecida.

Ressaltou ainda que não havia necessidade sequer de ser determinada, como fez o Magistrado de primeiro grau, a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC, pois essa inversão já fora feita pelo próprio legislador na estatuição do § 3º do art. 14 do CDC. Trata-se aqui da distinção entre a inversão *ope judicis*, prevista pelo art. 6, VIII, do CDC, e a operada diretamente pela própria lei (*ope legis*), estatuída neste art. 14, § 3º, do CDC.

O Ministro ainda citou entendimento próprio expresso em doutrina sobre essa questão *in verbis*:

O simples fato, por exemplo, de o paciente ter falecido durante um ato cirúrgico não significa que o hospital seja responsável pelo evento morte, sob pena de se inviabilizar essa atividade. Apenas será responsabilizado quando tiver ocorrido defeito na prestação de serviço, cujo ônus de provar a inexistência é da entidade hospitalar, caracterizado pelo descumprimento de suas obrigações. Isso não significa, porém, apesar de a diferença ser sutil, que a responsabilidade do hospital se torne subjetiva.<sup>1</sup>

Houve voto de divergência do Ministro Massami Uyeda, que apontou precedente em contrário, do Sr. Ministro Fernando Gonçalves:

[...] A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos proponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto). (REsp 258389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 275).

O que se percebe com mais clareza neste recurso especial é a dificuldade que há em definir os contornos da responsabilidade hospitalar, no caso em tela de clínica médica, por erro médico, já que tem sua origem em conduta de profissional liberal, incluído na exceção do § 4º do Art. 14 do CDC, atribui-se responsabilidade subjetiva, aferindo-se mediante verificação de culpa.

Para o Ministro Sanseverino, fica claro que a natureza da responsabilidade civil de clínica prestadora de serviços médicos, pelo fato do serviço, é objetiva. Embora, tenha ressalvado que não desconhece o precedente de 2005, em Resp. nº 258.389/SP, já analisado neste trabalho, no qual foi reconhecida como subjetiva a responsabilidade civil do hospital, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que nele atuam.

Entretanto, nos parece que, mesmo quando considerada subjetiva, necessitando aferir a culpa médica, não há investigação à respeito da conduta empresarial, culpa própria, e nesse ponto é que acreditamos ser a grande confusão quando se trata o tema, pois o fato de o erro médico ser apurado mediante culpa, não implica necessariamente que a responsabilidade hospitalar é subjetiva, antes é semelhante à do proponente, que é presumida e somente se exclui comprovando-se que não houve ato culposo do preposto. Logo, temos que é acertada a inversão do ônus probatório, incluída pelo § 3º, porque, uma vez presumida, ao prestador do serviço incumbe a prova de inexistência de defeito.

Enfim, acreditamos estar equivocado o voto divergente, pois ao atribuir à clínica responsabilidade subjetiva e negar provimento ao recurso, não parece refletir o entendimento do precedente, que quando diz ser subjetiva a responsabilidade dos hospitais, cita a súmula 341

do STF<sup>20</sup>, a qual trata justamente da presunção de culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, logo é objetiva. Assim faz-se um exercício hermenêutico baseado em premissas contrárias ao que se quer demonstrar.

Seguindo este raciocínio, o erro médico, por se tratar de ato próprio de profissional liberal deve ser aferido mediante culpa, o que não altera a presunção de responsabilidade, dada pelo legislador ao fornecedor de serviços, no caso da clínica, de maneira que caberá a ela comprovar a inexistência do defeito, para que não seja responsável. Ou seja, muito embora esta prova será realizada através dos requisitos de responsabilidade subjetiva do profissional médico, nada se relaciona com a natureza da conduta da empresa.

## 2.8 Recurso Especial Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7)

No Recurso Especial nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7), julgado em 09 de agosto de 2011, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação.

Em sua inicial, o autor alegou que após a cirurgia, ficou impossibilitado de movimentar o braço, passando a sentir fortes dores, razão pela qual alega ter ocorrido imperícia e negligência do médico, não só no ato cirúrgico, mas também no pós-operatório, e ainda que passados mais de oito meses da cirurgia, continua com fortes dores.

O hospital arguiu ilegitimidade passiva, aduzindo que o serviço defeituoso é de responsabilidade exclusiva do médico que determinou a internação, o qual não é empregado nem preposto da ré.

Em decisão interlocutória de primeira instância foi indeferida a preliminar de ilegitimidade passiva e o pedido de denunciação da lide em face de R.T.A., médico do autor, haja visto a demanda estar fundada na responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos relativos à prestação de serviços.

Inconformado, o hospital interpôs agravo de instrumento, e o TJ/MG negou-lhe o provimento, arguindo em síntese que, na hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor

---

<sup>20</sup> Súmula 341 - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

pelos defeitos na prestação do serviço, não é possível a denunciação da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional.

Após ter embargos de declaração rejeitados, o nosocômio interpôs recurso especial.

Dessa forma, percebe-se que a presente controvérsia é saber se uma vez comprovada a culpa do médico, sem vínculo profissional, o hospital responde solidariamente a ele.

A lide foi decidida por unanimidade pela Corte Superior, a Ministra Nancy Andriahi, apresentou no relatório as razões da decisão, explicando que a hipótese dos autos se trata de uma cirurgia complexa, que obviamente não pode ser realizada em um consultório particular, razão pela qual concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal.

Com efeito, para cirurgias realizadas em hospital, é necessário não somente o local e equipamentos fornecidos, mas também uma equipe técnica preparada para auxiliar o cirurgião, o que somente pode ser viabilizado pelo estabelecimento hospitalar. Ou seja, o serviço não poderia ser realizado senão com a participação do hospital que, por sua vez, participa dos lucros auferidos com o procedimento.

Observa-se pois, que é possível vislumbrar, na hipótese em análise, uma cadeia de fornecimento de serviço, nos termos do art. 14, caput, c/c § 4º do mesmo artigo do CDC, não a fim de atribuir responsabilidade objetiva ao hospital, independentemente do reconhecimento da culpa do médico, mas para reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa de médico, por ele credenciado.

Entendeu, pois, a Ministra, que o processo de admissão no corpo clínico, apesar de não constituir vínculo empregatício do nosocômio com o hospital, visa justamente destacar os profissionais que considera habilitados para exercer a medicina na sua sede. Além disso, o hospital atua ativamente na escolha dos profissionais que exercem suas atividades dentro do seu estabelecimento, tendo que, segundo o próprio recorrente, o hospital não possui um corpo clínico próprio, pois todos os médicos que lá atuam são profissionais liberais e não possuem vínculo empregatício com a instituição. Logo, a alegada falta de vínculo de subordinação contratual com o estabelecimento hospitalar, por si só, não se apresenta como argumento hábil para afastar a responsabilidade solidária do hospital, uma vez comprovado o erro médico.

Contudo, adverte que, reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa do médico não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado por parte do

hospital, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico. Finalizou o voto permitindo a denúncia da lide, pois o entendimento sobre a vedação se restringe apenas à responsabilidade pelo fato do produto.

Do mesmo modo, verificando-se a existência de uma rede de fornecedores para viabilizar o procedimento médico, numa verdadeira cadeia de serviços, deve-se reconhecer a responsabilidade solidária do hospital.

Todavia apesar da fundamentação pela responsabilização solidária do nosocômio, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, argumentou que, ainda que comprovado o erro médico, não pode o hospital ser responsabilizado incondicional e automaticamente pelo credenciamento de profissional, se não houver evidência que agiu com culpa nesse procedimento, em outras palavras, que violou de algum modo o dever de cuidado imposto pelas normas editadas pelos conselhos de medicina para o credenciamento de médicos em nosocômio. Ao não ficar caracterizada a desobediência de tais normas ou a incúria com os critérios nelas erigidos, não há como responsabilizar o hospital pelo simples cadastramento de médico.

Em suma o Ministro apresentou em sua fundamentação que estas circunstâncias devem ser aferidas por ocasião do julgamento do mérito, após a produção de provas, de forma que se impõe a necessidade de permanência do nosocômio no polo passivo, pelo menos até a fase de instrução probatória.

Nesse julgamento ficou mais uma vez demonstrada a posição de parte da Corte Superior, em especial a Ministra Nancy, em assumir que o serviço médico é conectado à cadeia de serviços hospitalares, de forma que a verificação da subordinação do médico a instituição é mitigada, sendo realizada a partir de um viés pró consumidor, assumindo-se que o hospital terá responsabilidade por aqueles que realizarem procedimentos em suas instalações.

## 2.9 Recurso Especial Nº 1.635.560 - SP (2016/0254982-3)

No Recurso Especial nº 594.692 – RJ (2003/0171996-3), julgado em 10 de novembro de 2016, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que quando a falha técnica é restrita ao profissional médico sem vínculo com o hospital, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

Em sua inicial, a autora alegou que tanto a médica, particular, como aqueles que respondiam pelo hospital recorrente preferiram inibir o parto o que ocasionou no óbito fetal.

Em primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a Dra. A.C.N., médica particular, e, julgou improcedente o pedido em relação ao nosocômio.

A autora, inconformada, recorreu, para que o hospital também fosse responsabilizado pelo erro médico, em que o TJ/SP proferiu acórdão dando provimento à apelação interposta, para condenar o Hospital.

O nosocômio, sustentando que a interessada, Dra. A.C.N, utilizou somente a estrutura física do estabelecimento, e que a autora apresentava quadro estável e com sinais vitais normais quando esteve internada em suas dependências, insurgiu-se contra a condenação pela ausência de nexos causal entre a conduta e o dano alegado, razões estas deste recurso especial.

Com efeito, verifica-se que a questão controvertida é definir se o nosocômio possui responsabilidade civil por erro médico cometido por profissional sem vínculo com aquele, mas que se utiliza das dependências do estabelecimento para a realização de internação e exames.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, lembrou o precedente da Segunda Seção, REsp 908.359/SC, já analisado neste trabalho, que naquela ocasião, afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam, sem vínculo de emprego ou subordinação.

Logo, partindo da premissa de que a responsabilidade do hospital pelo defeito no serviço prestado em suas dependências, por profissional sem vínculo de subordinação, não é objetiva, mesmo se mostrado incontroverso nos autos a ocorrência de erro médico praticado pela interessada, entretanto, como médica que não fazia parte do corpo clínico no hospital recorrente, foi afastada a condenação imposta ao Hospital. Contudo, é necessário perquirir se houve falha na prestação dos serviços hospitalares aos recorridos, o que não foi verificado, inexistindo, portanto, nexos causal entre a conduta do hospital e dano sofrido.

Assim foi afastada a condenação imposta ao nosocômio.

Este acórdão é importante para mostrar o entendimento que a responsabilidade do hospital não é objetiva quando o profissional não tem vínculo de subordinação com o nosocômio, a Ministra, inclusive, aponta como sendo este o entendimento consolidado pelas 3ª e 4ª Turmas do STJ. Precedentes; AgRg no REsp 1474047/SP, 3ª Turma, DJe 17/12/2014; AgRg no AREsp 628634/RJ, 3ª Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1385734/RS, 4ª Turma, DJe 01/09/2014; AgRg no AREsp 457611/SP, 4ª Turma, DJe 06/02/2015; AgRg no AREsp 809925/RS, 4ª Turma, DJe 15/02/2016.

Entretanto a dúvida que fica é: Caso o profissional tenha vínculo de subordinação com o hospital, o defeito no serviço prestado por ele, naquelas dependências, atrairá ao nosocômio a responsabilidade objetiva? Acreditamos que sim, todavia, a Ministra já se manifestou em votos anteriores e fez distinção, dizendo não ser objetiva a responsabilidade do hospital, mas solidária, quando houver culpa de médico credenciado, sua posição adotada no precedente, REsp 1.216.424/MT, julgado em 09/11/2011, já analisado neste trabalho.

Logo, essa diferenciação, qual seja, se responsabilidade objetiva e ou solidária, pode ser a saída para o impasse existente na jurisprudência, quando se trata de responsabilidade hospitalar pelo erro médico.

## 2.10 Recurso Especial Nº 1.664.907 - SP (2016/0307876-7)

No Recurso Especial nº 1.664.907 - SP (2016/0307876-7), julgado em 06 de junho de 2017, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que a apuração da responsabilidade objetiva dos hospitais independe da averiguação da culpa, contudo é necessária a demonstração dos demais elementos que tipificam o dever de indenizar: ação ou omissão de seus prepostos (conduta), nexos de causalidade e resultado lesivo.

Em síntese, consta dos autos que o filho dos autores, recorrentes, nasceu prematuro em 11/12/2002, e após sucessivas internações na Santa Casa de Misericórdia de Araçatuba, veio a falecer em 14/03/2003.

Em primeira instância a sentença julgou improcedentes os pedidos, uma vez que “conforme conclusão precisa e categórica da prova pericial, não há elemento algum para reconhecer qualquer conduta culposa ou outro procedimento dos réus que tenha provocado a morte do filho dos autores. Pelo contrário, foram adotados todos os procedimentos médicos e hospitalares exigidos no tratamento, inclusive tendo sido ministrados antibióticos apropriados, de última geração para evitar infecções em pré-termos” (e-STJ fl. 1166).

Inconformados os autores recorreram, e o TJ/SP deu parcial provimento à apelação interposta para declarar a inexistência de culpa do médico e, condenar o nosocômio.

Razão pela qual, o nosocômio, interpôs recurso especial alegando violação dos arts. 186 do CC e 333, I do CPC/73, e sustentando que a culpa que lhe foi atribuída foi presumida, sem prova de ilícito capaz de sustentar a condenação, visto que o perito judicial atestou que o atendimento médico-hospitalar prestado ao filho dos primeiros recorrentes foi correto o que afasta o nexos de causalidade entre sua conduta e o evento morte.

Verifica-se, portanto, que a questão central consistia em decidir se o nosocômio responde objetivamente, quando há ausência de nexo de causalidade entre a prestação do serviço de saúde e o dano.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora, frisou que mesmo se tratando de responsabilidade objetiva, esta pode ser ilidida com a demonstração da inexistência de defeito na prestação do serviço médico, da culpa exclusiva de terceiro ou eventual quebra do nexo causal.

Em suma deu provimento ao recurso especial interposto pela Santa Casa de Misericórdia, com fundamento na ausência de defeito, uma vez que o resultado da perícia não atesta o nexo de causalidade entre a prestação dos serviços médicos do hospital e o evento danoso narrado na inicial.

Assim, pelas razões de decidir, percebe-se mais uma vez que a responsabilidade hospitalar é tratada como de natureza objetiva, entretanto o que há é a necessidade de se comprovar os três pressupostos, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Logo, percebe-se que a culpa não é elemento que se averigua nesta relação.

## 2.11 Recurso Especial Nº 1.653.134 - SP (2015/0052008-4)

No Recurso Especial nº 1.653.134 - SP (2015/0052008-4), julgado em 19 de setembro de 2017, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Em sua inicial, a autora alegou que foi internada no hospital para submeter-se ao parto de sua filha, e que após tentativa frustrada de realização de parto normal, foi realizada cesárea. Desta maneira, devido a procedimentos equivocados do hospital e da equipe de atendimento, sua filha foi acometida por paralisia cerebral e epilepsia, com lesões, sequelas e atrofia cerebral, em virtude da falta de oxigenação durante a tentativa malsucedida de parto normal. Destarte deu início a presente ação reparatória, tão somente em desfavor do hospital, em que realizou o seu parto.

Em primeira instância a sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o nosocômio em danos morais.

Foi interposta apelação cível pelo hospital, à qual fora negado provimento pelo TJ/RS, uma vez que o laudo pericial de área de ginecologia e obstetrícia, revelou uma omissão no

procedimento, conquanto não houve o acompanhamento dos batimentos cardíacos do feto, mesmo após um exaustivo período de tentativa de parto vaginal, com troca para cesariana, o que, para o tribunal, restou evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta do nosocômio e o resultado danoso à vida da filha da autora.

Foi então manejado recurso especial, pelo nosocômio a decisão do acórdão, inconformada com as conclusões adotadas no acórdão.

Logo, temos que o propósito recursal é determinar se o hospital deve ser responsabilizado pela falha na prestação de serviços, já que acredita o recorrente que a autora não logrou êxito em demonstrar que houve erro médico.

A relatora Ministra Nancy Andrihgi, assenta que a responsabilidade objetiva para o prestador de serviços, prevista no art. 14 do CDC, quando se trata de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares, como enfermagem, exames, radiologia. Todavia, no caso de atuação de médicos contratados, a responsabilidade é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Desta feita, partindo-se da premissa de que, em primeiro e segundo graus, foi considerada a responsabilidade objetiva do hospital, tendo em vista o defeito ou má-prestação do serviço por parte do nosocômio, não há possibilidade de reexame de fatos e provas dos autos, em virtude da súmula 7/STJ. O defeito na prestação do serviço foi constatado em razão da ausência de acompanhamento do feto durante a realização do parto, diante do não monitoramento dos batimentos cardíacos durante o hiato de 29 minutos entre a conversão dos partos, falha esta, atribuída pelas instâncias originárias ao próprio hospital recorrente.

A ministra ainda fez elucubrações a respeito da hipótese levantada pelo hospital, qual seja, responsabilidade subjetiva do nosocômio, pois o fato decorreu de erro médico. Contudo, o Tribunal de origem consignou expressamente, que na medida em que os profissionais teriam tido conduta inadequada para o caso que lhes foi apresentado, não condizentes com a literatura médica, restou comprovada a existência de nexo de causalidade direta entre o agir dos prepostos e o dano apresentado.

Logo, ainda que fosse analisada pelo prisma da responsabilidade subjetiva, os fundamentos lançados no acórdão recorrido, são suficientes para configurar a culpa dos prepostos, e conseqüentemente, em solidariedade, responsabilizar também o hospital.

Este recurso especial é interessante por mostrar as duas faces da responsabilidade hospitalar. A primeira, sem qualquer divergência, que é objetiva pelos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente, instalações, equipamentos, etc.. A outra face se refere à atuação dos médicos prepostos, cuja responsabilidade é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa para que a responsabilidade atinja o nosocômio.

Isso porque, no caso apresentado na lide, ocorreram defeitos tanto nos serviços próprios do nosocômio, tanto quando na atuação dos médicos prepostos.

## 2.12 Recurso Especial Nº 1.707.817 - MS (2017/0053968-8)

No Recurso Especial nº 1.707.817 - MS (2017/0053968-8), julgado em 05 de dezembro de 2017, a Terceira Tuma do STJ, confirmou o entendimento de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles laboram, é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Na presente ação, em 8/10/12, a genitora do recorrido, aos 74 anos de idade, foi internada no Hospital recorrente para realizar cirurgia de correção de prolapso. Durante o prolongado procedimento cirúrgico, a paciente recebeu dose de anestesia geral e, ao ser intubada, acabou por vomitar e aspirar o conteúdo gástrico em evento denominado bronco-aspiração. Em razão desse problema, ao longo dos dias, houve evolução de quadro febril, dificuldade respiratória e infecção pulmonar, que, apesar da internação em unidade de tratamento intensivo (UTI) e encaminhamento para hospital público, culminou com o óbito da paciente, em 20/10/12.

Em primeira instância foi julgado improcedente o pedido. Todavia, o TJ/MS deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, para julgar procedente o pedido formulado na petição inicial, consta do acórdão que pela ausência de prova acerca do tipo de negócio firmado para uso do seu centro cirúrgico, bem como da espécie de contratação do anestesista que atuou no procedimento realizado na genitora do apelante, deve ser considerado para todos os efeitos desta demanda que todos da equipe médica atuavam na ocasião como integrantes do corpo clínico do hospital apelado, o qual, por isso, responde independentemente de sua própria culpa por eventual erro culposo desta equipe, mister dizer que não há provas de que agiram com diligência e perícia no ato da intubação e também no episódio de vômito para evitar a aspiração

de material gástrico, ônus que competia ao hospital, dada a inversão do ônus da prova determinada na decisão saneadora.

O nosocômio afirmou em sede de recurso especial que não restou configurado o nexo de causalidade entre sua atuação e o óbito da paciente, e que o dano causado seria decorrente de atuação exclusiva do anestesista.

Verifica-se, portanto, que a questão central consistia em decidir se o nosocômio era parte legítima para figurar no polo da demanda versando sobre erro provocado por médico anestesista não vinculado à instituição.

A relatora, Ministra Nancy Andrigli, fundamenta conforme os precedentes do Corte Superior, que a responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no art. 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, em contrapartida, a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles laboram, é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Assim, como no acórdão recorrido ficou registrado que todos da equipe médica atuavam na ocasião como integrantes do corpo clínico do hospital, e que as provas produzidas nos autos foram suficiente para verificar a culpa por parte dos médicos (cirurgião chefe e anestesista) tanto pela imprudência na aplicação tardia da anestesia geral em paciente idosa e na sua intubação, quanto na imperícia em evitar o vômito e sua respectiva aspiração, manteve o reconhecimento da responsabilidade civil do hospital pelo dano-morte causado culposamente por seus prepostos na realização do procedimento cirúrgico.

Percebe-se que não há mais discussões a respeito da natureza da responsabilidade hospitalar pelo erro médico, sendo ela considerada em casos onde há atuação médica, subjetiva, dependendo de demonstração de culpa do preposto, de maneira que não havendo culpa não há também a responsabilidade objetiva do nosocômio.

### 2.13 Recurso Especial Nº 1.736.039 - SP (2016/0303806-1)

No Recurso Especial nº 1.736.039 - SP (2016/0303806-1), julgado em 05 de junho de 2018, a Terceira Turma do STJ, adotou o entendimento de que a opção do hospital em contratar profissional em regime de sobreaviso (plantão não presencial) traz o agravamento do risco de não fornecer em tempo e modo adequados os serviços de atenção à saúde que disponibiliza para

o mercado de consumo. Esta conduta exemplifica situação de vício de qualidade por inadequação do serviço, pois o torna carente de idoneidade para realização do fim a que é destinado.

Na inicial, a autora aduz que foi atendida em hospital Maternidade para o nascimento de sua filha, porém, por negligência do médico responsável pelo parto, que não efetuou a retirada de todo o tecido placentário do útero da paciente no momento adequado, sofreu hemorragia, seguida de parada cardiorrespiratória e falta de oxigenação cerebral, o que lhe resultou sequelas irreversíveis, tanto que após meses na unidade de tratamento intensivo, quando do ajuizamento da ação, encontrava-se em estado vegetativo em sua residência, sendo acompanhada por enfermeiras durante todo o tempo. No decorrer do processo, no ano de 2008, a autora faleceu.

Em primeira instância a sentença julgou procedente o pedido em relação ao hospital e improcedente em relação ao médico.

O TJ/SP reformou a sentença para julgar totalmente improcedente o pedido formulado dando provimento à apelação interposta pelo hospital, pelo fato de o médico anestesista estar em plantão à distância e sentença de improcedência em relação ao médico que realizou o parto. Ademais, afirma o acórdão recorrido que o Laudo pericial não restou caracterizado o nexo causal entre o evento danoso e qualquer ato omissivo ou comissivo do médico, reconhecendo que foram bem-sucedidas as manobras para estancar a hemorragia e que foram observados todos os procedimentos previstos no protocolo médico para os casos de atonia uterina. Assim, não caracterizada a responsabilidade subjetiva, não há que se falar em responsabilidade objetiva que também necessita da constatação do nexo de causalidade para configurar-se.

Verifica-se, portanto, que a questão central consistia em decidir se há defeito no serviço hospitalar de urgência e emergência, quando mantém regime de plantão à distância de médico anestesista, e paciente sofre de hemorragia durante o parto necessitando de seu atendimento imediato.

A relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, que em seu voto esclareceu que questão se concentrava sobre a avaliação da responsabilidade objetiva do hospital pelos prejuízos causados à paciente em situação de emergência, decorrentes da hemorragia pós-parto, ante a ausência do anestesista como plantonista dentro do hospital.

Assim, apesar do entendimento exposto no acórdão recorrido, que a parada cardiorrespiratória da paciente não foi causada por ausência de intervenção imediata do médico

anestesista, a Ministra, resgatou o viés dado pelo juiz de primeiro grau em sentido oposto, sobretudo ao acentuar que houve falha no fornecimento do serviço de atenção à saúde de emergência em favor da paciente justamente porque seu quadro de crise, instaurado pela grave hemorragia pós parto, recomendava a cirurgia de histerectomia (retirada do útero).

Em suma, a ausência da equipe médica completa neste cenário de urgente intervenção em socorro da paciente fez com que outros procedimentos fossem utilizados para solucionar o problema, razão pela qual, inclusive, foi afastada a responsabilidade subjetiva do médico. Todavia, caso não houvesse o lapso temporal decorrido entre o chamamento e a chegada do anestesista, poderia ter sido realizada cirurgia capaz de efetivamente lhe salvar da aguda crise hemorrágica pós-parto.

Com efeito, a ausência de anestesista dentro do hospital afastou a prestação do serviço hospitalar de urgência e emergência do standard de qualidade e segurança próprios da atividade de pronto-socorro. Em outras palavras, não se pode transferir o risco da atividade hospitalar – de empregar um médico anestesista não presencial – para o paciente-consumidor, que dirigido ao nosocômio tem a legítima expectativa de receber o imediato tratamento para a moléstia a que é submetido, inclusive em situação de urgência e emergência.

O voto finaliza esclarecendo que a opção do hospital em contratar profissional em regime de sobreaviso (plantão não presencial), trouxe inegavelmente o agravamento do risco de não fornecer em tempo e modo adequados os serviços de atenção à saúde que disponibilizou para o mercado de consumo. Esta conduta exemplifica situação de vício de qualidade por inadequação do serviço, pois o torna carente de idoneidade para realização do fim a que é destinado. E com isso, foi dado provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados à paciente.

Este acórdão é mais um para exemplificar a diferença entre a responsabilidade hospitalar pelos serviços que oferece ao paciente, e a responsabilidade indireta pelos atos técnicos praticados pelos médicos de forma defeituosa, aos quais terá responsabilidade solidária, apurada a culpa profissional.

## 2.14 Conclusões sobre a Jurisprudência do STJ

Ao fazer o estudo dos acórdãos acima comentados, percebemos que a caracterização da reponsabilidade civil do hospital possui algumas particularidades. Verificamos, entretanto, certa dificuldade na fundamentação da responsabilidade hospitalar por erro médico, porque o

profissional da medicina tem sua prestação de serviços caracterizada como obrigação de meio, e por isso enquadra-se no conceito tradicional de culpa. No entanto, o CDC atribui, em regra, responsabilidade objetiva aos fatos do serviço, em relações de consumo, como no caso dos hospitais.

Com efeito, sempre existiu consenso na corte superior sobre a natureza da responsabilidade civil hospitalar quando o serviço defeituoso é atribuído único e exclusivamente ao nosocômio, tais como serviços de enfermagem, hospedagem, medicação, exames laboratoriais, bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo nosocômio, para fazer surgir o dever indenizatório. Diferentemente, percebemos um esforço para esclarecer as hipóteses cujo dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, tanto nos casos em que o profissional não tem nenhum vínculo com o hospital, quanto nos que há uma relação de emprego ou subordinação ao nosocômio.

A ideia de que o serviço médico, quando prestado em uma instituição hospitalar continuaria a ser pautado pelas regras do parágrafo único do art. 14 do CDC, é a base dos argumentos utilizados pelos ministros da corte superior, para considerá-la subjetiva. Todavia, a proliferação dos grandes hospitais, onde convivem inúmeros enfermos e médicos, e a utilização sempre crescente de equipamentos sofisticados, têm contribuído para despersonalizar a relação médico-paciente, o que enfraquece essa fundamentação.

Verificamos ainda, que já houve divergência no entendimento sobre a responsabilidade civil hospitalar por erro médico, quando não há vínculo de emprego subordinação do profissional e o hospital. Essa divergência consistia em responsabilizar objetivamente o nosocômio, pois existiria uma cadeia de fornecimento nos serviços médicos, pela clara colaboração entre hospital e médico, de modo que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada, conseqüentemente, o hospital deveria ser considerado fornecedor, e como tal responder pelos defeitos. O entendimento que prevaleceu, vai de encontro àquela tese, que explica que o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados pela imperícia médica, pois, não tendo o médico prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto aos erros destes médicos.

Compreendido que é necessário o vínculo entre o profissional e a instituição médica, o qual não se caracteriza em casos onde o profissional somente utiliza as instalações do hospital, partimos para o segundo ponto extraído dos julgados: a natureza da Responsabilidade civil do

hospital no caso de atuação de médicos contratados, ou com vínculo de subordinação. Nesse ponto, o STJ entende que a responsabilidade é subjetiva, e depende da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.

Em regra, o STJ entende que os hospitais, enquanto sociedades empresárias, são responsáveis pelo dano causado ao paciente-consumidor, quando este se referir a obrigações de fornecimento de recursos, materiais e humanos, auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, a responsabilidade será objetiva da instituição, caracterizado no art. 14, caput do CDC.

Entretanto, quando o dano advier de atos técnicos praticados por médicos, com vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, o nosocômio terá responsabilidade solidária com o profissional. Entende a suprema corte que esta responsabilidade é subjetiva, pois será verificada somente nos casos em que houver culpa do profissional.

Por fim, aos atos praticados por médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, responsabiliza-se, o profissional, pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC).

### **3 - CASOS NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE (ANÁLISE DESCRITIVA DOS PROCESSOS E DAS DECISÕES)**

Utilizando-se a metodologia adotada no capítulo anterior, será realizado neste capítulo um estudo da jurisprudência catarinense, com a finalidade de compreender a realidade aplicada no estado. Ao final, realizar-se-á uma análise comparativa entre os posicionamentos do Tribunal Catarinense em relação à doutrina e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A seleção da jurisprudência foi feita utilizando a ferramenta de busca no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, utilizando como parâmetros de busca, responsabilidade civil do hospital e erro médico. Destarte, após uma análise das questões envolvidas nos acórdãos obtidos, foram selecionadas nove apelações cíveis, julgadas entre 2008 e 2019, para que se pudesse fazer o cotejo com a jurisprudência do STJ.

#### **3.1 Apelação Cível n. 2007.038079-6**

Na Apelação Cível n. 2007.038079-6, julgada em 02 de dezembro de 2008, a 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, adotou o entendimento de que há responsabilidade solidária do hospital por erro médico de plantonista, ainda que autônomo.

Em sua inicial, a autora, Z. A. S., alegou que seu filho foi vítima de um acidente automobilístico, sendo atendido por equipe médica do Corpo de Bombeiros e encaminhado ao hospital, com fratura do membro inferior esquerdo e possível traumatismo cranioencefálico.

Na emergência da instituição hospitalar, o filho da postulante foi atendido por médico, que realizou exame clínico, prescreveu medicação e o encaminhou à enfermaria para observação, sem requisitar qualquer exame complementar.

Na madrugada do dia posterior, o acidentado foi encaminhado à unidade de terapia intensiva do nosocômio, em razão da gravidade dos ferimentos. Não respondendo aos tratamentos ministrados, veio a óbito.

A postulante sustentou que houvera negligência do profissional médico, por não ter realizado qualquer exame complementar hábil a detectar a gravidade da lesão, embora o Corpo de Bombeiro houvesse atentado para a possibilidade.

Em primeira instância decidiu-se pela procedência dos pedidos da inicial. Foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do hospital e, no mérito, condenaram-se, a instituição hospitalar e o médico, ao pagamento de indenização por danos morais à genitora do de cujus,

por haver responsabilidade solidária entre os acionados, ainda que ausente vínculo empregatício, derivando o dever de indenizar da negligência no procedimento médico adotado.

Inconformadas, as partes recorreram. O nosocômio alegou, preliminarmente, ser parte ilegítima para responder ao pleito e no mérito, arguiu, em resumo, que o perito, ao responder os quesitos, isentou o médico de culpa, não existindo nos autos provas que embasem a condenação; além do mais, deveria ser afastada a responsabilidade solidária, uma vez que a instituição hospitalar apenas cedera o espaço para o atendimento e porque estavam disponíveis os equipamentos necessários para a realização dos exames.

Verifica-se, portanto, que a questão central consistia em decidir se o nosocômio era parte legítima para figurar no polo da demanda versando sobre erro provocado por médico plantonista vinculado à instituição.

O TJSC decidiu<sup>21</sup> por unanimidade, em acórdão, que ainda que o médico causador do ilícito não tenha relação empregatícia com a instituição hospitalar, certa é a legitimidade passiva do nosocômio, que admite a atuação do profissional em seu estabelecimento, como parte do corpo clínico, plantonista no dia dos fatos. Disso decorre a responsabilidade solidária do hospital, independentemente de culpa, por danos causados a terceiros na atuação do profissional. Ademais, caracterizada a negligência do médico que, mesmo atestada pelo corpo de bombeiros a possibilidade de traumatismo cranioencefálico e disponível no hospital exames aprofundados, realiza diagnóstico dos danos neurológicos a pessoa atropelada e alcoolizada tão somente com base em análise clínica dos sentidos, sinais, reflexos e déficit motor. Irrealizados os necessários cuidados na investigação das lesões, sobrevindo agravamento repentino do quadro e óbito do paciente, inegável a responsabilidade do médico, e, por conseguinte, do nosocômio.

O Relator destacou em seu voto que, embora existam divergências, ele entende que o hospital deve ser responsabilizado por erro de profissional de saúde que trabalha nas suas dependências, independentemente da existência de relação empregatícia, mormente quando o médico atende na emergência como plantonista.

Ressalva ainda o julgador que a responsabilidade do hospital nesses casos é objetiva, mas que é necessário o reconhecimento da ilicitude do ato praticado pelo profissional que atuou em seu estabelecimento, visto que o dever de indenizar exsurge, amparado no disposto no

---

<sup>21</sup> Os detalhes referentes aos pedidos, fora do escopo deste trabalho, não serão comentados, nem descritos. Destarte, procurou-se manter o foco nos requisitos de responsabilização do Nosocômio, quando há erro médico.

Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, *caput*<sup>22</sup>, conforme precedente, do STJ, anteriormente analisado [2.2]:

Responsabilidade civil. Atendimento hospitalar.

1. Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 400.843/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.02.2005, DJ 18.04.2005 p. 304)

Isto posto, a legitimidade passiva do nosocômio se verifica pois W.G.J. integra o corpo clínico daquela instituição, ainda que sem vínculo empregatício, e uma vez caracterizada a responsabilidade subjetiva do médico, responde o nosocômio réu, de forma objetiva e solidária, pelos danos decorrentes do ato ilícito praticado pelo profissional integrante de seus quadros.

Quanto ao defeito, erro médico, registrou-se que é obrigação do profissional da medicina, empreender e utilizar dos recursos necessários para a reabilitação do paciente, despendendo esforços e sendo diligente na busca da recuperação da saúde da pessoa aos seus cuidados. Assim, como o hospital disponibiliza os aparelhos necessários aos exames investigatórios, ao optar pela não realização imediata de exame radiológico do atropelado, mesmo tendo sido apontado pelos paramédicos do corpo de bombeiros a existência de possível trauma cranioencefálico, restou configurada negligência quanto a uma investigação mais cuidadosa, que poderia vislumbrar a exata extensão das lesões, não sendo posteriormente surpreendido com o rápido agravamento do estado do paciente. Tal poderia ter sido evitado através da realização de exames técnicos, capazes de evidenciar a lesão intracraniana, afastando juízos de mera probabilidade e alicerçando o melhor tratamento a ser adotado.

No caso em análise, verificamos que há relação de consumo com a instituição, ainda que o médico seja autônomo e realize apenas plantões na instituição. O nosocômio é o

---

<sup>22</sup> 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.

verdadeiro prestador do serviço, sendo o médico plantonista apenas mão de obra terceirizada, para que se proporcione os serviços de emergência hospitalar ofertados.

Logo, percebemos que não há como afastar a legitimidade passiva do hospital nesses casos, pois a relação com o serviço prestado é direta, não há, em regra, a possibilidade de escolha de qual profissional efetuará o atendimento, por conseguinte o que deve ser verificado nestes casos é a existência do defeito ou erro médico.

Assim, a decisão do tribunal se amolda ao entendimento da Corte Superior, em especial ao definir a responsabilidade do hospital como solidária, em relação ao erro médico de plantonista, pois ainda que considerado profissional autônomo, o vínculo com o nosocômio é considerado de preposição, porque não há mera locação de instalações hospitalares, e sim uma prestação de serviços ao nosocômio, é nesse sentido o entendimento expresso no REsp 400.843, analisado nesse trabalho [item 2.2].

### 3.2 Apelação Cível n. 2009.065206-4

Na Apelação Cível nº 2009.065206-4, julgada em 20 de abril de 2010, a Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento que a responsabilidade pelo serviço de enfermagem do hospital é objetiva, cabendo ao nosocômio comprovar a inexistência do defeito para elidir a obrigação de reparar.

Em sua inicial, a autora informou que deu entrada no hospital requerido, em 16.3.2004, encaminhada por seu médico, a quem relatou fortes dores na coluna, foi atendida por outro médico, o qual prescreveu a aplicação de duas injeções do remédio Voltaren, com o escopo de aliviar suas dores. Entretanto, ministrada a primeira injeção pela enfermeira, em sua nádega direita, passou a sentir fortes dores, quadro estranho e incomum, em razão da inflamação que se seguiu, levando-a à cama, pois não conseguia sequer mover sua perna. Foi submetida a quatro sessões de raspagem, a primeira em 28.6.2004, chegando, inclusive, a ter de se internar no nosocômio.

Sofreu necrose e permaneceu por longo tempo com a ferida aberta, perdeu peso e correu o risco de ter a perna amputada, quadro que afinal não se confirmou, advindo a recuperação, apesar de cicatriz definitiva no local. Aduz, nesse contexto, imperícia da funcionária da ré, que teria inserido de forma incorreta a agulha, danificando o tecido interno, e ensejando toda a problemática convalescença exposta. Diante dos fatos ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra Hospital.

O réu apresentou contestação. Confirmou a aplicação das referidas injeções, porém esclareceu que o *Voltaren* é remédio que pode causar os efeitos negativos descritos, apesar da sua boa aplicação, consoante disposto na própria bula. Destarte, por não haver culpa de sua preposta, pugnou pela improcedência do pleito indenizatório exposto.

Em Primeiro Grau foi decidido pela improcedência do pedido inicial. Entendeu o MM. Juiz que a prova técnica deu eco à tese defensiva de que o medicamento *Voltaren* é suscetível de causar as irritações constatadas, o que se confirma na leitura da sua própria bula. Como resultado, não restou patenteada qualquer negligência ou imperícia na utilização do medicamento, razão pela qual descabe o ressarcimento buscado. Imputou à autora, por fim, as custas e honorários.

Irresignada, a vencida interpôs apelação, disse que a responsabilidade da ré é objetiva, pelo CDC, de modo que basta a ação (inserção da injeção) e o dano, nos termos do seu art. 14, para justificar a indenização pretendida. Acrescenta que a lesão só pode ter sido causada por má aplicação, tanto é que na segunda injeção não houve reação adversa, inexistindo assim qualquer intolerância ao medicamento *Voltaren*.

O Acórdão esclareceu após administração da primeira injeção, por enfermeira do hospital, sobreveio deterioração marcante do quadro clínico, inclusive com necrose do tecido e uma deformidade chocante (fls. 14/15).

Percebeu-se, perante tal descrição dos fatos, que a falha não está dirigida ao tratamento médico em si, mas à execução de serviço pelo corpo de enfermagem do hospital, de modo que, à luz do entendimento acima consagrado e bem exposto, a celeuma resolve-se pela responsabilidade objetiva da instituição hospitalar, comportando exceções apenas no § 3º do art. 14 do CDC, o qual refere prova de que não existe defeito (inciso I), ou de culpa da vítima ou de terceiro (inciso II), cabalmente demonstrada – é fundamental exponha-se essa observação - pelo prestador dos serviços.

Dito isso, na hipótese vem o hospital dizer que todas as complicações são oriundas da composição química do remédio, às vezes reagente a ponto de gerar as lesões de que se queixa a paciente. Nesse ínterim, lendo a bula do *Voltaren*, de fato ali se menciona que, *ocasionalmente podem ocorrer reações do tipo dor e endurecimento, abscessos e necrose, no local da injeção intramuscular*.

Todavia, ao lado do risco de efeito negativo causado pelo remédio, existe a possibilidade de a lesão originar-se por má higiene na aplicação, ou uso de produto fora da validade, como

expõe de forma direta o perito, em análise dos quesitos *k*, *l* e *m* propostos pela autora, presente nos autos do processo, *in verbis*:

k) Quais os cuidados que devem ser observados pelos profissionais na aplicação da injeção intramuscular do medicamento "VOLTAREN" (diclofenaco)?

R.: 1. Higiene rigorosa no local 2. Aplicar no quadrante eúpero externo da região glútea 3. A agulha deve ser posicionada perpendicularmente à pele e introduzida profundamente no músculo glúteo maior 4. É obrigatório (sic) a aspiração do êmbolo da seringa após a introdução da agulha para certificar-se que não houve perfuração de vaso sanguíneo. Se for aspirado sangue ou tiver dor intensa local, interromper imediatamente a aplicação.

l) A aplicação inadequada (sem atendimento da técnica correta), pode ocasionar a lesão verificada na autora?

R.: Sim, mas também pode ocorrer realizando o procedimento de forma correta.

m) A aplicação do medicamento inadequado, ou seja, vencido, pode ocasionar a lesão verificada na autora?

R.: Sim, mas também pode ocorrer com o medicamento dentro do prazo de validade (TJSC, Apelação Civil n. 2009.065206-4, j. 02.12.2008) .

Adiante, ao responder as perguntas 1 e 2 lançadas pela requerida, da mesma forma, dispôs:

1. Pode-se afirmar de forma inequívoca, que as lesões constantes na autora decorrem de algum erro de procedimento ou se estas podem ter sido ocasionada (sic) em face da composição química do voltaren.

R.: Esta lesão tanto pode ser causada por contaminação durante a realização do procedimento como também pela composição química do medicamento.

2. Se a necrose consta como uma possível reação ao remédio voltaren, inclusive com previsão em sua bula?

R.: A necrose pode (sic) ser secundária a uma reação química do remédio voltaren, tem previsão na bula (TJSC, Apelação Civil n. 2009.065206-4, j. 02.12.2008).

Destarte, reina a dúvida quanto à ocorrência da propalada excludente, pois o dano pode ter se dado por reação natural do organismo à fórmula, bem como por má aplicação do remédio *Voltaren*. A circunstância é relevantíssima, pois já se viu que em nosso caso vige a responsabilidade objetiva da instituição hospitalar, seara em que a excludente deve ser convincentemente firmada pela prestadora de serviços a fim de desonerá-la da obrigação indenizatória.

Logo, não produzindo o elemento no grau de certeza esperado, responde civilmente a ré, motivo pelo qual cabe a reforma da decisão.

A responsabilidade *individual* dos *profissionais da medicina*, em linha de princípio, é subjetiva (art. 14, §4º, CDC). Na esfera da responsabilidade em questão, destarte, prevalecem as obrigações de meio, nas quais o profissional se compromete a empregar, na execução do serviço, as técnicas, cautelas e temperamentos de estilo, realizando a obrigação de forma a envidar o máximo de esforços para a obtenção do resultado, mas sem comprometer-se a atingi-

lo. A ilicitude, assim, pressupõe desmazelo e atuação culposa, não constando *in re ipsa* dá só falha no tratamento. Por isso é subjetiva.

Casos há, porém, em que a responsabilidade se firma, excepcionalmente, pelo resultado, e aqui a responsabilidade como que se objetiva. Nas obrigações de resultado, sobretudo o médico assume a tarefa de alcançar um efeito prático certo e determinado, sem o qual há inadimplemento e responsabilidade, mesmo que não exista falha (culpa) no dever de cuidado. Daí definir-se a responsabilidade, nesses casos, como contratual ou objetiva (cf. REsp n. 81101), frequente diante de cirurgias plásticas com finalidades estéticas (cf. STJ. AgRg no REsp 256174/DF, Min. Fernando Gonçalves), ou, ainda, de transfusões de sangue, anestésias e diagnósticos fornecidos inexatos por laboratórios radiológicos (cf. REsp 594962/RJ, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Paralelamente a esse regime de erro médico, também os hospitais e clínicas se sujeitam à responsabilidade perante terceiros que, a eles comparecendo, são atendidos em suas instalações por profissionais da medicina envolvidos na prestação global do serviço, por convênio, integração ao corpo clínico ou vínculo de preposição, não havendo, nessa hipótese, necessidade de relação formal de emprego entre médico-atendente e hospital-instituição (cf. REsp n. 400843, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) acórdão já estudado neste trabalho [item 2.2], tampouco sendo impositiva a existência de fim lucrativo, distributivo de lucros, por parte da casa hospitalar. No ponto, aliás, porque os hospitais e clínicas privadas prestam verdadeiro serviço mediante remuneração (art. 3º, §2º, CDC), em estabelecimentos que não raro constituem elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, CC/02), cabe estabelecer nova distinção quanto ao regime de imputação: a) havendo atribuição de erro exclusivo ao médico, em violação a obrigação de meio, a responsabilidade civil depende da prova de culpa, e só com ela produz reflexos em relação ao nosocômio; b) existindo, porém, imputação de falha aos serviços hospitalares alheios ao conhecimento médico (como estadia, aparelhos etc.), ou na execução de ordens passadas por esses (como serviços de enfermagem etc.), a responsabilidade da casa hospitalar é objetiva (art. 14, CDC), porque há a prestação de serviço por parte de estabelecimento não mais sujeito às regras dos profissionais liberais; c) configurada, por fim, alegação de erro médico e falha nos serviços hospitalares, a responsabilidade se subdivide conforme as causas de pedir: é subjetiva por aquela *causa petendi* e objetiva em função dessa última.

No caso em questão a falha não está dirigida ao tratamento médico em si, mas à execução de serviço pelo corpo de enfermagem do hospital, de modo que, à luz do entendimento

acima consagrado e bem exposto, a celeuma resolve-se pela responsabilidade objetiva da instituição hospitalar, comportando exceções apenas no § 3º do art. 14 do CDC, o qual refere prova de que não existe defeito (inciso I), ou de culpa da vítima ou de terceiros (inciso II), cabalmente demonstrada – é fundamental exponha-se essa observação - pelo prestador dos serviços, entendimento também exposto no acórdão já analisado.

### 3.3 Apelação Cível n. 2009.013989-6

Na Apelação Cível nº 2009.013989-6, julgada em 09 de fevereiro de 2012, a Sexta Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento que o hospital somente deverá ser responsabilizado solidariamente com o médico nas seguintes hipóteses: a) erro praticado por médico preposto do hospital; b) erro praticado por médico autônomo, decorrendo o dano da prática do médico, acrescida de alguma falha dos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo nosocômio; c) erro do médico que, embora não sendo preposto, estava de serviço no hospital e prestou o atendimento quando procurado diretamente pelo paciente naquele local, presumindo-se, nesta hipótese, que estava credenciado para prestar o aludido serviço.

Em sua inicial, a autora aduziu que, em razão de cirurgia plástica redutora das mamas denominada “mamoplastia” que as autoras se submeteram em 1996 na cidade de Nova Trento, quando contavam com 19 e 20 anos de idade, respectivamente, resultaram em graves consequências, ou seja, “mau aspecto, desproporção das cicatrizes, seios fora da posição anatômica natural, posicionamento irregular das auréolas, com aspecto estético desagradável” (fl. 16), sem mencionar os dados psicológicos. Após a realização das cirurgias tomaram conhecimento que o médico não tinha a especialidade mencionada, ou seja, não era cirurgião plástico, o que fora objeto do Processo Ético Disciplinar nº 043 de 1998 do CREMESC.

Em primeiro grau, a sentença foi de procedência, condenando os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, bem como, condenação ao pagamento de indenização pelos danos estéticos também fixados, acrescidos de juros legais desde a citação e correção monetária a partir do arbitramento. Condenou, ainda, os requeridos, de forma solidária, a arcarem com as despesas processuais, inclusive honorários periciais e advocatícios.

Inconformado, o hospital requerido interpôs recurso de apelação alegando a ausência de relação de consumo entre o hospital apelante e as autoras apeladas, bem como a ausência de relação de causalidade entre o ato do hospital e o alegado erro médico e por fim arguiu que

indenizar a lesão deformante e, ao mesmo tempo, considerá-la causa de reparação por dano moral corresponde a um evidente *bis in idem*, capaz de transformar a medida ressarcitória em fonte de enriquecimento sem causa.

O acórdão esclareceu e julgou por unanimidade nos seguintes termos:

[...] o hospital somente deverá ser responsabilizado solidariamente com o médico nas seguintes hipóteses: a) erro praticado por médico preposto do hospital; b) erro praticado por médico autônomo, decorrendo o dano da prática do médico, acrescida de alguma falha dos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo nosocômio; c) erro do médico que, embora não sendo preposto, estava de serviço no hospital e prestou o atendimento quando procurado diretamente pelo paciente naquele local, presumindo-se, nesta hipótese, que estava credenciado para prestar o aludido serviço.

No caso em tela, não ocorreu nenhuma das situações supramencionadas, tendo em vista que o suposto erro foi praticado por médico autônomo, não houve falhas dos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo hospital, bem como os serviços prestados pelo profissional foram previamente agendados.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que em caso de cirurgia plástica embelezadora a obrigação é, sim, de resultado, na exata medida em que o paciente, pessoa saudável, a ela se submete com o escopo de melhorar seu aspecto físico.

De se verificar, entretanto, que o dano em cirurgia desta espécie não decorre da simples insatisfação do paciente com o resultado obtido.

Com relação aos requisitos para a responsabilização importante lição do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do objetivo prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independente das suas razões, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou força maior, quando se exonerará da responsabilidade”. (Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995, p. 35)

Nessa linha, deixando a intervenção cirúrgica dessa natureza de atingir o objetivo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o médico (prestador de serviço) pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão de culpa (inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, ocorrência de culpa exclusiva do

consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.

Embora verificado no caso em tela o erro cometido pelo médico, o hospital somente deverá ser responsabilizado solidariamente caso o erro tenha sido praticado por médico preposto do hospital, ou ainda que médico autônomo, tenha decorrido alguma falha nos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo nosocômio, por fim em caso de plantonistas que prestam serviços ao hospital quando procurado diretamente pelo paciente naquele local, presumindo-se, nesta hipótese, que estava credenciado para prestar o aludido serviço.

No caso em tela, não ocorreu nenhuma das situações supramencionadas, tendo em vista que o suposto erro foi praticado por médico autônomo, não houve falhas dos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo hospital, bem como os serviços prestados pelo profissional foram previamente agendados.

A responsabilidade objetiva advinda do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor circunscreve-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, como internação, equipamentos, ou de serviços prestados por funcionários ou prepostos seus.

Em caso de profissional que não faz parte do corpo clínico do hospital, muito menos funcionário ou preposto do hospital, não se pode imputar responsabilidade objetiva ao hospital, exceto quando, embora não sendo preposto, estava de serviço no hospital e prestou o atendimento quando procurado diretamente pelo paciente naquele local, presumindo-se, nesta hipótese, que estava credenciado para prestar o aludido serviço.

Um outro defeito a que foi analisado se refere à falha na informação, que as apeladas tinham o direito a tal informação consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor antes da realização do procedimento cirúrgico, que o médico não era especialista, pois tratando-se de cirurgia estética onde a escolha do profissional que teria a missão de materializar o sonho feminino de serem portadoras de mamas invejáveis exigia um processo seletivo consciente.

Sobre o dever de informar a doutrinadora Cláudia Lima Marques assinala:

"[...] O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor." (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, 2006, p. 771/772).

A omissão proposital da informação é ainda mais grave, pois é incontroverso que o médico exibiu álbum de fotografias de outras pacientes submetidas àquele tipo de cirurgia pelo profissional levando-as a conclusão errônea de que possuía aquela especialidade.

Nessa linha, deixando a intervenção cirúrgica dessa natureza de atingir o objetivo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o médico (prestador de serviço) pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão de culpa (inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.

Por fim, restou o entendimento que no caso concreto vislumbrou-se a ilegitimidade passiva do Hospital Nossa Senhora da Imaculada Conceição, devendo ser afastada sua responsabilização pelos danos sofridos pelas apeladas em razão do erro médico. Esse entendimento está em acordo com a jurisprudência do STJ, conforme acórdão analisado anteriormente [item 2.4], uma vez que não há vínculo de subordinação dos médicos, causadores do dano, e o hospital.

### 3.4 Apelação Cível n. 2013.053965-9

Na Apelação Cível nº 2013.053965-9, julgada em 14 de janeiro de 2014, a Segunda Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento que não há responsabilidade solidária do hospital, por ato de prepostos, quando estes são responsabilizados civilmente.

Em sua inicial, a autora informou que durante a realização de parto normal, em procedimento realizado no hospital, teve complicações do tipo queda de pressão e desmaios, em vista das fortes dores nas contrações, pois o ventre não abria o suficiente para o nascimento da criança, obrigando o médico a abrir uma fístula reto vaginal para auxiliar na retirada do feto, ao realizar a abertura da fístula reto vaginal (sic), o médico perfurou o intestino grosso da autora, fato que passou despercebido inicialmente. Dias depois, ao constatar a perfuração intestinal, optou por realizar novo ato cirúrgico de correção da fístula reto vaginal recidiva, o que debilitou ainda mais a autora e com o agravamento da lesão.

Diante dos fatos, o segundo médico, que realizou a correção, a encaminhou para tratamento no hospital universitário de Florianópolis, onde lhe foi colocada bolsa coletora e feitas novas cirurgias.

A autora permanece com o intestino grosso perfurado, cuja secreção é eliminada por dreno até a bolsa coletora instalada (colostomia), em situação que era para ser provisória, mas que perdurou por 04 anos.

O hospital contestou, reiterando a preliminar de prescrição e aduzindo sua ilegitimidade passiva ad causam. Requereu, ainda, a denunciação da lide ao Município. Quanto ao mérito, reiterou as argumentações apresentadas pelos demais requeridos e postulou, se ultrapassadas as preliminares, a improcedência da ação.

Encerrada a instrução, as partes apresentaram alegações finais e o magistrado a quo proferiu sentença de improcedência do pedido.

Irresignada, a requerente interpôs apelação, reiterando os fatos afirmados na inicial e insistindo na presença do nexos causal entre o parto e o trauma obstétrico que originou a fístula reto vaginal, além do agravamento da enfermidade pelo médico G. B..

O Acórdão explicitou que a base do pedido consistia em três situações distintas:

a) primeira: o réu W.M. (médico 1), em procedimento de parto normal, 'perfurou o intestino grosso da autora' (fl. 03);

b) segunda: o réu G.B. (médico 2), em procedimento cirúrgico visando debelar problema de saúde da autora (fístula reto vaginal) 'fez a costura de forma errada, aumentando a lesão no intestino' (fl. 03);

c) terceira: o hospital é solidariamente "responsável pelos danos causados à autora", nos termos do art. 932, III, do Código Civil.

Da mesma, esclareceu objetivamente aos três fundamentos da exordial, decidindo que a ação é procedente porque:

a) primeiro: há prova de que o réu, médico 1, perfurou o intestino grosso da autora;

b) segundo: há prova de que o réu, médico 2, aumentou a lesão da autora;

c) terceiro: o hospital responde solidariamente pelo ato de seus prepostos, quando os profissionais liberais demandados são condenados a indenizar a paciente.

Entretanto, para que os réus sejam responsabilizados, é indispensável a concorrência dos seguintes requisitos: a) ilícito comissivo ou omissivo; b) prejuízo; c) nexos causal entre o ilícito e o prejuízo; d) culpa.

Caracterizados, em relação ao réu W., o ato ilícito culposo (perfuração de intestino grosso por imperícia na realização de atividade técnica médica: episiotomia), o dano (fístula retovaginal) e o nexo de causalidade entre o ilícito (perfuração de intestino grosso) e o prejuízo (fístula retovaginal).

Em relação ao médico G. B. está provado o ilícito culposo por imperícia (adoção de técnica inadequada para debelar o mal da autora), o dano (demora na obtenção da cura e sujeição a procedimentos médicos perigosos, com risco de vida) e o nexo de causalidade, porque os danos referidos tiveram por causa o ato ilícito e imperito do médico.

Assim, citando a precedente do STJ, REsp 1.145.728/MG, já analisado neste trabalho [item 2.7], o hospital foi condenado como responsável solidário pelo ato ilícito praticado pelos médicos W.M. e G.B., nos termos do art. 932, III, do Código Civil.

Ficou ressaltado que a pretendida responsabilização do Município foi afastada pela decisão de fls. 481-482, aplicando-se entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que assegura ao hospital eventual direito de regresso, pois os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação.

### 3.5 Apelação Cível n. 2011.023180-5

Na Apelação Cível nº 2011.023180-5, julgada em 05 de outubro de 2015, a Quarta Câmara de Direito Civil do TJ/SC firmou o entendimento que não há responsabilidade civil do estado, em hospital público, quando não há erro médico, inexistência de defeito do serviço.

Em sua inicial, o autor alegou que, no dia 21/02/2001, por volta das 14:30 horas, se sentiu mal, com "falta de ar e palpitações em seu coração", e, por isso, foi levado ao hospital, onde foi atendido pelo médico de plantão, que solicitou um eletrocardiograma e um Raio X do tórax e após a realização dos exames foi medicado contra a dor e fez a coleta de sangue para a análise de enzimas, que, mesmo ainda sentindo dor no tórax e falta de ar, o médico, após análise clínica e avaliação dos exames, o liberou.

No dia 25/02/2001, em virtude da persistência da dor torácica e da falta de ar, foi levado à Emergência do hospital, e lá o médico de plantão o encaminhou para a sala de eletrocardiograma e, antes de dar início ao exame, "veio a sofrer o primeiro infarto, sendo atendido em caráter de urgência", com comprometimento de cerca de 90% do músculo cardíaco.

Permaneceu na UTI por quatro (04) dias e mais duas (02) semanas no leito do hospital e, nesse período, foi submetido a um cateterismo e uma angioplastia, com a colocação de "stent".

Assim, em razão de não ter sido prestada a devida assistência médica no dia 21/02/2001, sofreu o infarto do miocárdio e agora tem despesas com medicação de uso contínuo, perda parcial da mobilidade, acarretando dificuldade de exercer pequenos movimentos vinculado à força.

Diante dos fatos arguiu que a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados pelo erro médico decorre do disposto nos arts. 5º, incisos V e X, e 37, § 6º, da Constituição Federal, nos arts. 186, 927, 932 e 951, todos do Código Civil, e nos arts. 6º, inciso IV, e 14, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

O Estado de Santa Catarina foi citado no dia 03/02/2006 e, em 20/03/2006, opôs exceção de incompetência, a fim de que o autos fossem remetidos à Comarca de São José, haja vista que os fatos ocorreram no Hospital Regional situado na referida Comarca.

Acolhida a exceção de incompetência, o Estado de Santa Catarina, intimado, contestou e, com base no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, fez denúncia da lide ao Médico que atendeu o autor no Hospital Regional de São José.

A perícia médica foi juntada ao processo no dia 10/08/2009 (fls. 235/241), sobre o qual as partes se manifestaram, tendo o autor impugnado parcialmente o laudo técnico e reiterado o pedido de inversão do ônus da prova em virtude de ser hipossuficiente.

Apresentadas as alegações finais, o MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

Inconformado, o autor apelou, informando que o perito judicial confirmou "a existência do fato gerador do dano" e "que todos os exames possíveis foram efetuados", circunstâncias que demonstram que o médico que o atendeu no dia 21/02/2001 por incapacidade técnica não diagnosticou corretamente a doença; que o experto, por outro lado, absurdamente diz que o apelante "teria influenciado na capacidade do médico de diagnosticar a doença", porque "o periciado tem história de quadro psiquiátrico, destacando-se a ansiedade que pode exacerbar suas queixas e dificultar o diagnóstico", o que carece de fundamento porque o perito não é psiquiatra; que o perito, de todos os quesitos formulados pelo apelante e pelo apelado, respondeu devidamente apenas treze (13), porque aos demais respondeu "prejudicado"; que a perícia realizada é ambígua, contraditória e confusa; que está comprovado o nexo causal entre o evento e a conduta médica. No mais, reeditou os argumentos da petição inicial.

O Acórdão teve a maioria dos votos no seguinte sentido de que a responsabilidade civil imputada ao Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros é geralmente objetiva (art. 37, § 6º, CF), tocando-lhe o dever de indenizar nos casos em que for verificada a existência de dano ao administrado e de nexos causal entre o dano produzido e o comportamento do agente público.

O fato de o perito judicial ter confirmado, como sustenta o apelante, "a existência do fato gerador do dano" e "que todos os exames possíveis foram efetuados", não comprova que o Médico que o atendeu no dia 21/02/2001, por incapacidade técnica deixou de diagnosticar corretamente a doença.

Isso porque, de acordo com o médico perito, embora houvesse "sinais sugestivos de cardiopatia no atendimento de 21/02/2001", os exames a que se submeteu o apelante, como o "eletrocardiograma e as enzimas cardíacas estavam normais" e, além disso, as "emergências hospitalares em geral têm muitos pacientes com queixas semelhantes e gravidades diferentes", motivo pelo qual "eventualmente pode não ser evidenciada a causa de uma dor torácica" haja vista que "as causas de dor torácica podem estar na própria parede do tórax, nas pleuras, nos pulmões, no coração, no pericárdio, nos vasos, no mediastino, no esôfago, no diafragma e em outros órgãos" (fl. 236).

Logo, se o apelante foi clinicamente examinado pelo Médico que o atendeu no Hospital Regional de São José, que também solicitou um eletrocardiograma, um RX do tórax e um exame de dosagem de enzimas cardíacas, que eram os procedimentos disponíveis, adequados e possíveis à época, se os resultados estavam dentro da normalidade, e se a dor torácica sentida pelo apelante pode ter diversas causas, não se pode dizer que houve erro de diagnóstico.

Então, se o Médico que atendeu o apelante no Hospital Regional de São José utilizou todos "os procedimentos disponíveis" e todos "os meios complementares" existentes à época, não se pode falar em negligência, imperícia, imprudência, descaso, nem mesmo em erro de diagnóstico ou de procedimento que possam ser imputados ao Estado de Santa Catarina, nem ao profissional médico, o que afasta o alegado nexos causal entre o infarto sofrido pelo apelante e a conduta médica e, conseqüentemente, a pretensão indenizatória, haja vista que "a prestação de serviço médico, salvo exceções (v.g., cirurgia estética, tratamentos odontológicos etc.), é obrigação de meio e não de resultado, uma vez que a asseguuração da cura ou da melhora do paciente está limitada ao conhecimento científico humano e aos recursos que para tanto podem ser disponibilizados.

Ante o exposto, com base nos fundamentos acima transcritos, e não havendo provas inquestionáveis e inequívocas acerca da culpa do Médico (negligência, imperícia ou imprudência) que atendeu o apelante no Hospital Regional de São José no dia 21/01/2001, nega-se provimento ao recurso interposto pelo autor.

Foi levantado em voto de divergência que, apesar de o erro do diagnóstico não caracterizar, por si, negligência médica, o caso dos autos difere do mero equívoco inerente ao exercício da profissão. Isso porque, o médico perito, somente com os documentos acostados aos autos, diagnosticou sintomas de problemas cardíacos, o que não foi feito pelo médico que examinava o paciente. Dessa forma, entendeu que caso tivesse o primeiro atendimento médico sido correto, possivelmente, ter-se-ia evitado o atual quadro de isquemia grave suportado pelo recorrente, conforme dá conta o relatório de cateterismo acostado à fl. 34. Diante disso, ter-se-ia caracterizada a negligência médica, pelo que, nos termos do art. 37, § 6 da Constituição da República, deve responder o Estado de Santa Catarina.

A responsabilidade objetiva do Estado não é absoluta, é necessário que sejam verificados os requisitos, quais sejam, dano ao administrado e nexo de causalidade. É importante entender que neste caso o nexo causal deve ser verificado levando em consideração a natureza do dano, pois em prestações médico hospitalares, como já foi dito neste trabalho o dano considerado como nexo da prestação médica é somente aquele que é proveniente de um defeito do serviço, tendo que não é todo o dano que possui nexo de causalidade com o serviço.

Desta sorte, percebemos que não houve no caso, nexo de causalidade entre o dano e a prestação ofertada pelo Estado, haja visto que não houve erro médico, logo não está presente os requisitos para a responsabilização, especialmente pela falta de nexo causal entre o dano e o serviço prestado.

Nesse mesmo sentido temos o julgado da Segunda Seção, no REsp 908.359/SC, já analisado neste trabalho [item 2.5], que preconizou:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. REsp 908.359/SC, Rel.

Ministra Nancy Andriahi, Rel p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Logo, é muito importante entender a natureza desta relação, entre onexo e o dano em prestações médicas, caso contrário cair-se-ia no absurdo de que qualquer dano proveniente de intervenção médica, ainda que impossível de ser evitado, teria que ser indenizado.

### 3.6 Apelação Cível n. 0000758-61.2006.8.24.0054

Na Apelação Cível nº 0000758-61.2006.8.24.0054, julgada em 26 de junho de 2016, a Primeira Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento que o nosocômio é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, inclusive em procedimentos clínicos e cirúrgicos.

Em sua inicial, a autora, gestante, alegou que compareceu a hospital com dores abdominais e perda de líquido amniótico, foi submetida a exame clínico e de eletrocardiograma, que constataram que o bebê estava em perfeito estado de saúde. Destacou que a gravidez contava 42 semanas e, então, o médico informou que iria fazer uso de um medicamento para estimular a dilatação e, orientou a autora a ir para a casa e retornar ao hospital se a bolsa estourasse ou se houvesse sangramento ou, se nada acontecesse, no dia seguinte.

Assim, a autora retornou ao hospital e foi atendida pela médica R. S., que não conseguiu escutar os batimentos cardíacos do bebê. Foi então submetida a exame de ultrassonografia, no qual ficou constatada a morte do bebê. Motivo este que propôs Ação Condenatória para indenização em danos morais por erro médico, contra o hospital e o Médico.

O nosocômio apresentou contestação, preliminarmente, arguiu a ilegitimidade passiva, pois afirmou que os médicos que atenderam a primeira autora não tinham nenhum vínculo empregatício com o hospital.

Argumentou que no dia 9-10, quando a autora compareceu ao hospital, o médico réu introduziu o medicamento misoprostol, o qual não é abortivo, mas indutor do parto. Alegou que a indicação e aplicação do referido medicamento era a conduta a ser tomada para o preparo do parto e, além disso, a primeira autora foi orientada a retornar ao hospital se tivesse dores, contrações ou outro sintoma. Ressaltou que pela ultrassonografia que só foi levada pela primeira autora ao hospital, no dia 10-10-2005, foi possível observar que o bebê deveria nascer em 27-9-2005 e, no dia 30-9-2005, quando foi examinada no SUS já deveria ter sido realizado o parto.

Afirmou que na ultrassonografia realizada no dia 10-10-2005, dava conta de que o bebê teria cerca de 36 semanas, contudo, pela ultrassonografia realizada em 17-5-2005, que não foi trazida pela autora quando de sua primeira visita ao hospital, a gestação era de 42 semanas e 2 dias. Diante disso, disse que não houve nenhum procedimento dos réus que pudesse importar em responsabilidade a justificar o pedido de indenização.

Em primeiro grau, ao decidir, o juiz julgou improcedente o pedido dos autores e condenou-os ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Foi interposta apelação pelos autores que em suma alegaram estar comprovado nos autos a culpa do médico e do hospital pelo falecimento de seu bebê.

A decisão prolatada no acórdão, esclareceu que o fato de a apelante não ter levado os exames realizados anteriormente ao hospital, quando da sua primeira visita, aliado ao fato de que o tempo da gestação era duvidoso, implica em falta de cautela do médico apelado, pois ele mesmo afirmou que foi constatado que o bebê estava com 42 semanas e, segundo, suas declarações, se tivesse "indicações" de que o bebê estivesse pós-data teria internado a gestante e induzido o parto.

Logo, a conduta de ministrar o medicamento para estimular o parto, sem saber ao certo de quanto tempo a apelante estava, foi, no mínimo, arriscada e a orientação de que ela fosse para casa e só retornasse se tivesse alguma reação, foi imprevidente, mormente quando se verifica que a conduta padrão dos demais profissionais da saúde que prestaram depoimento é manter a paciente no hospital para monitoramento nestas situações. Basta ponderar que, se ele tivesse mantido a apelante no hospital, e tivesse realizado o monitoramento adequado, inclusive com a realização de ultrassom, certamente teria evitado o óbito fetal.

A falta de cuidado e de zelo no caso noticiado nos autos é evidente, tanto que o apelado confirma ter ministrado a medicação à apelante, mas não fez constar em nenhum documento o uso do remédio e, tampouco, sua dosagem. Isso implica em reconhecer a responsabilidade subjetiva do profissional da saúde na prestação de serviço médico.

Nessa toada, em relação à responsabilidade do hospital apelado, o desembargador resumiu-se em dizer que:

[..]sabe-se que para um profissional da saúde prestar serviços em determinada entidade hospitalar, ele deve ter prévia permissão daquele que administra o nosocômio para que possa efetuar atendimentos e procedimentos clínicos ou cirúrgicos. E, desta permissão, nasce a responsabilidade objetiva do nosocômio pelos atos praticados pelo seu preposto.

Destarte foi reconhecido o erro médico, por negligência e responsabilizado solidariamente o hospital, haja visto que o médico era plantonista na obstetrícia, mantendo vínculo com o nosocômio.

As razões de decidir neste acórdão foram fundadas no Código Civil, sem fazer qualquer menção aos dispositivos do CDC. Logo, temos que é trabalhada a ideia de responsabilidade pelos atos do preposto<sup>23</sup> para a responsabilização do hospital. Por outro lado, o profissional médico foi subsumido nas hipóteses dos Arts. 186 e 927 do Código Civil.

É importante destacar o entendimento de que o médico plantonista, que atende no hospital, ainda que não tenha relação empregatícia é considerado preposto para fins de solidariedade na responsabilidade por erro médico, nesse sentido temos o entendimento do STJ [item 2.2], qual seja, o nosocômio é responsável pelo atendimento médico em serviço de emergência, independentemente do médico ser empregado do hospital.

### 3.7 Apelação Cível n. 0003160-97.2008.8.24.0005

Na Apelação Cível nº 0003160-97.2008.8.24.0005, julgada em 10 de maio de 2018, a Quarta Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento que o dano decorrente de procedimento médico, quando não causado com culpa, não é considerado defeito para responsabilização do nosocômio.

Em sua inicial, o autor relatou que sofreu acidente de trânsito e após ser atendido no pronto-socorro do hospital requerido, recebeu alta, apesar de possuir fratura em sua perna, sem imediato encaminhamento para cirurgia. Um mês após o primeiro atendimento realizou ato cirúrgico sofrendo limitações para movimentar-se normalmente, e para prática de esportes, o autor alegou que o dano poderia ter sido evitado se a fratura restasse corretamente diagnosticada e tratada pelo médico no primeiro atendimento. Diante do exposto foi ajuizada Ação Indenizatória por Danos Materiais e Morais, proposta C. R. V., pedindo a condenação dos Requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e danos materiais, além da inversão do ônus da prova.

---

<sup>23</sup> 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;

Em primeiro grau, foi decidido que o pedido era improcedente.

O Demandante, inconformado, interpôs apelação, sustentando, em síntese, que o ônus da prova foi invertido e cabia ao hospital comprovar a regularidade do tratamento prestado, que o prontuário médico não foi exibido de forma proposital, o que indica a "conduta negligente e imperita do seu preposto, o qual sequer procedeu a imobilização do membro fraturado" e o erro médico restou demonstrado pelo laudo pericial, o qual reconheceu que em casos como o do Recorrente, há necessidade de imobilização da fratura, medicação e marcação de cirurgia, sendo que na hipótese em exame sequer houve a imobilização, razão pela qual é devida a indenização de todos os danos sofridos.

Verifica-se, portanto, que a controvérsia se manifesta na ausência de reconhecimento da responsabilidade do hospital Réu pelos danos que o Autor sustenta ter sofrido, em decorrência do alegado erro médico o qual teria se configurado na conduta negligente e imperita de seu preposto.

O Tribunal analisou a lide e esclareceu que, a responsabilidade do estabelecimento hospitalar independe de culpa, porquanto objetiva, conforme subsunção do Código de Defesa do Consumidor à hipótese vertente, nos termos do respectivo art. 14, por outro o parágrafo 4º deste mesmo artigo excepciona a responsabilidade médica, que classifica-se como subjetiva - já que a obrigação não é de fim, mas de meio -, sendo que, sua caracterização depende da presença do dano, do nexo de causalidade e da culpa - na forma de imperícia, negligência ou imprudência.

Contudo, no caso em tela a responsabilização seria solidária, nos termos do § 1º do art. 25, do Diploma Consumerista<sup>24</sup>. Entretanto, ainda que o hospital tenha responsabilidade objetiva, somente ser-lhe-á imputada obrigação de indenizar, solidariamente, nas hipóteses em que haja, defeito ou erro médico, pelo qual necessita-se de culpa do profissional liberal.

Assim, com base no laudo pericial e no depoimento da testemunha, bem como nos demais elementos constantes dos autos, não foi possível verificar que a conduta do preposto do Requerido teria sido negligente, imprudente ou imperita.

---

<sup>24</sup>Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores

Desta sorte, foi mantida a sentença, pela inexistência de defeito na prestação médico-hospitalar.

É importante entender a natureza da responsabilidade hospitalar, pois quando ela resulta de fato próprio, não há dúvida que será objetiva, não obstante, conforme o caso em tela, quando a mesma resulta de uma conduta de terceiro, qual seja o médico, faz-se necessária a construção de uma análise hermenêutica sistemática do CDC.

O serviço hospitalar não se confunde com o serviço médico, bem por isso é claro o CDC ao diferenciar a forma de aferição da responsabilidade, enquanto aquele possui responsabilidade objetiva, este afere-se de forma subjetiva. Porquanto no acórdão foi verificado que a conduta médica não foi culposa, não há que se falar em defeito do serviço. Logo mesmo que a responsabilidade hospitalar seja objetiva, é importante entender que a demonstração da inexistência do defeito a ilide, tanto que Leonardo Roscoe Bessa assevera:

Ao contrário do que estabelece o caput do art. 18, o art. 20 não é explícito quanto à solidariedade dos fornecedores em relação aos serviços. Todavia, a doutrina, principalmente em razão do disposto no art. 7.º e no art. 25, § 1.º, sustenta que há solidariedade quando o serviço é prestado por vários fornecedores. [...]. O mais correto é analisar o caso concreto, verificar a forma de atuação de cada fornecedor e analisar eventual incidência do disposto no art. 34 (solidariedade automática) ou do art. 7.º, parágrafo único (solidariedade decorrente de ato ilícito que requer prova específica). (Manual de Direito do Consumidor, Antônio Herman v. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, 8º Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.244)

Portanto, foi acertada a exclusão da responsabilidade do nosocômio, porque legitimado, o profissional médico era vinculado à instituição, mas por não ter ocorrido defeito do serviço, como ficou provado nos autos.

Em suma o acórdão se encontra em conformidade com precedentes da Corte Superior [item 2.10], principalmente para excluir a responsabilidade do nosocômio quando não há defeito na prestação do serviço.

### 3.8 Apelação Cível n. 0002765-78.1999.8.24.0019

Na Apelação Cível nº 0002765-78.1999.8.24.0019, julgada em 12 de dezembro de 2018, a Primeira Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento de que a responsabilidade do hospital é objetiva pelo erro de médico plantonista.

Em inicial, o autor alegou, em síntese, que nasceu prematuro e que, por isso, permaneceu internado por 50 dias nas dependências do hospital, ocasião em que, pela falta de diligência dos profissionais na administração da oxigenoterapia, ficou cego.

Em contestação, o nosocômio, arguiu, preliminarmente, a sua ilegitimidade, pois serviu de mero hospedeiro, já que não há vínculo empregatício com os médicos que atuaram no caso do autor, não tem culpa pelo ocorrido e seu regimento interno prevê a responsabilidade integral do agente que atuou no caso médico. No mérito, sustentou que o autor foi atendido por mais de um ano e por mais de um médico, os quais observaram todas as cautelas exigidas pela medicina diante do diagnóstico do autor.

A sentença proferida em primeiro grau, afastou a ilegitimidade passiva arguida pela parte ré, deferiu o benefício da justiça gratuita ao autor e proferiu sentença com resolução de mérito para julgar improcedente a pretensão inicial.

Inconformado, o autor, sustentando que a decisão judicial foi proferida em contrariedade à prova dos autos, reforçou a responsabilidade da parte ré, ao deixar de promover exames oftalmológicos durante o seu período de internação e não informar a família sobre os cuidados pertinentes ao caso. Aponta a falta de autorização da família para a realização da oxigenoterapia, a ausência de médico plantonista e de enfermeira em período integral na UTI Pediátrica. Requereu o provimento do reclamo para que a sentença fosse reformada e, assim, a pretensão inicial julgada procedente<sup>ii</sup>.

A parte ré arguiu, preliminar e unicamente, a sua ilegitimidade, pois os médicos que atuam no interior de suas instalações não integram seus quadros funcionais e que o profissional que atendeu o autor foi escolhido por seus pais, apenas utilizando a sua estrutura hospitalar.

Verifica-se, portanto, que a discussão versa sobre a ilegitimidade passiva do nosocômio por erro médico atribuído à médico plantonista.

### 3.9 Apelação Cível n. 0001679-43.2011.8.24.0022

Na Apelação Cível nº 0001679-43.2011.8.24.0022, julgada em 02 de abril de 2019, a Quinta Câmara de Direito Civil do TJSC, firmou o entendimento de que o hospital é responsável pelo erro médico de seu preposto, ainda que o erro seja do anestesista.

Em sua inicial, a autora alegou que foi submetida a procedimento cirúrgico estético (Redução de Mamas e Lipoaspiração), ambas realizadas de forma exitosa. Porém, foi constatada a inexistência de movimentos e de sensibilidade na perna direita no dia seguinte,

com sequelas definitivas e perda de força em perna, tornozelo e pé direito, associado a atrofia muscular e perda de sensibilidade. Não houve preenchimento de fichas na avaliação pré-anestésica, de anestesia e de recuperação pós anestésicos, e o laudo médico concluiu, com base em exame físico, que a seqüela decorreu provavelmente do ato anestésico.

Em primeiro grau, foi decidido pela procedência aos pedidos da inicial, condenando o médico anestesista J.P. e o Nosocômio, solidariamente.

Os requeridos interpuseram recursos de apelação. O hospital, sustentou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam, pelo fato de o ato supostamente equivocadamente ter sido imputado unicamente ao médico J. P., e que a atividade do anestesista é autônoma, apenas fornece o centro cirúrgico para que determinada equipe realize suas cirurgias estéticas, não havendo qualquer demonstração nos autos de que a seqüela da autora foi decorrente da deficiência de equipamentos ou instalações do hospital.

J. P. sustentou, em suma, que a responsabilidade civil, por ser médico, é de obrigação de meio, de modo que deve ser demonstrada a culpa ou dolo. E, nesse contexto, defende que não houve a comprovação de imprudência, negligência ou imperícia médica, já que seguiu à risca o procedimento anestésico, com consulta pré-anestésica e verificação dos exames de rotina.

Verifica-se, portanto que a questão controvertida é se o anesthesiologista pertence ao corpo clínico da Entidade Hospitalar, conseqüentemente, caso lhe seja comprovada conduta culposa, o Nosocômio também responde solidariamente.

Os Desembargadores decidiram que não há provas que o médico J.P. não fazia parte de quadro de funcionários, assim o hospital deve ser responsabilizado juntamente com o profissional liberal se demonstrada a culpa deste, nos termos do art. 932<sup>25</sup> do Código Civil.

O acórdão dispõe que “a responsabilidade civil do hospital, será objetiva, na forma prevista na legislação consumerista, dispensando-se a comprovação de culpa do profissional, bastando apenas a demonstração do defeito na prestação do serviço.” Justifica-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor se dá devido à inteligência dos artigos 3º e 4º, que conceituam as figuras de consumidor e fornecedor, nas quais se enquadram a autora e o

---

<sup>25</sup> 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;

hospital, respectivamente. Consequentemente, o dever de indenizar, nestes casos, é amparado pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>26</sup>.

Assim, se houver vínculo empregatício entre médico e instituição hospitalar, a responsabilidade desta será objetiva, bastando a vítima provar o dano resultante de sua prestação de serviço defeituosa.

Há, portanto, no acórdão, a preocupação em distinguir a situação ocorrida de fato, de hipótese em que o médico apenas usa as dependências do hospital ou da clínica, sem que haja entre o profissional e a pessoa jurídica relação preposto-preponente. Já que neste caso, a responsabilidade seria exclusiva do próprio profissional liberal, não cabendo qualquer dever de indenizar à pessoa jurídica, que apenas cedeu suas dependências para a prestação de serviços pelo médico.

Por fim, como o Nosocômio é uma instituição pública, é aplicável a regra aplicável do art. 37, § 6º, da Constituição da República<sup>27</sup>, em que foi determinado a responsabilidade objetiva do ente público responsável e a culpa do médico apenas importará para sua responsabilidade pessoal e para eventual pretensão de regresso do Estado em face do profissional. A responsabilidade do ente público, neste caso, considera-se extracontratual.<sup>28</sup>

O caso é interessante pois, foi verificado o erro de médico Anestesiologista, que foi considerado vinculado ao hospital, de maneira presumida, porque não há provas desta relação. Destarte, devidamente comprovado o nexos causal entre a conduta do médico e o dano causado à autora, a instituição deverá responder solidariamente com o profissional.

O Acórdão elucida que a prestação médica nem sempre é vinculada ao hospital, o qual muitas vezes serve apenas como local para realização de serviços médicos, e que nestes casos

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º 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.

<sup>28</sup> Responsabilidade civil de profissionais liberais. Coordenação Maria Celina Bodin de Moraes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Rio de Janeiro: Forense, 2016 p. 70

sua responsabilidade se limita à estes serviços típicos, hospedagem, enfermagem, salubridade do ambiente, entretanto, há no relatório há indicação de que a natureza da responsabilidade hospitalar é objetiva, inclusive, pela inversão do ônus probatório realizada no caso, considerando o profissional como preposto.

Ora, conforme visto na jurisprudência da Corte Superior, as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC), mas que os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação ao hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC).

Consequentemente, ao definir como objetiva a natureza da responsabilidade do nosocômio no caso analisado, contrariou precedente do STJ, visto que este considera como solidária a obrigação de reparar, nos casos em que há erro médico de preposto.

[...] A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos proponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto). (REsp 258389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 275, grifo nosso).

Destarte, percebe-se que há uma dificuldade na definição da natureza desta obrigação, já que subjetiva, mas com presunção de culpa. Assim, entendemos que a definição da responsabilidade como objetiva pelo tribunal catarinense, apesar de contrariar precedente da corte superior, implicou em resposta jurisdicional similar.

### 3.10 Conclusões sobre a Jurisprudência Catarinense

Acreditamos que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina apresenta um entendimento acertado a respeito da responsabilidade civil hospitalar. Embora perceba-se uma dificuldade na fundamentação da obrigação de reparar quando esta resulta de um dano médico, a jurisprudência catarinense optou por enquadrá-la sobre o manto da responsabilidade objetiva. Isso se deve principalmente à interpretação dada ao artigo 14 do CDC, porque o hospital se

enquadra no caput, mesmo quando dano é causado por médico profissional vinculado ao nosocômio.

Destarte, verifica-se que dois aspectos são fundamentais para caracterizar a obrigação de reparar das instituições médico-hospitalares, quais sejam, o nexo de causalidade e a existência de defeito. O nexo de causalidade se verifica através do vínculo existente entre o causador do dano e o hospital, enquanto o defeito é aferido analisando subjetivamente a conduta do profissional médico.

Nesse sentido, os desembargadores catarinenses, ao analisarem o nexo de causalidade, entendem que as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, por conseguinte, configura-se o pressuposto causal. Mas os atos técnicos praticados por médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação ao hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade pela ausência daquele pressuposto.

Em relação ao defeito do serviço, o entendimento prevalente é que, sendo a responsabilidade civil hospitalar objetiva, prescinde de culpa, mas é necessário o reconhecimento da ilicitude do ato que causou o dano. Nesse sentido, a obrigação de reparar não existirá quando for provado que não existe defeito, no caso de erro médico, quando o profissional da medicina empreender e utilizar dos recursos necessários para a reabilitação do paciente, despendendo esforços e sendo diligente na busca da recuperação da saúde da pessoa aos seus cuidados. Assim, mesmo que haja nexo causal, o profissional médico tem vínculo como o nosocômio, comprovado que não há defeito, não haverá a obrigação reparar, justificada a conduta média, a mesma não será antijurídica.

Em suma, a Jurisprudência em Santa Catarina está mais próxima da doutrina consumerista que a Suprema Corte, porque reconhecendo a responsabilidade hospitalar como objetiva, inverte o ônus probatório, deixando a cargo da instituição médica a prova da inexistência de defeito, caso esta busque ilidir sua responsabilidade. Diferentemente o STJ ao considerar a responsabilidade do hospital solidária à do médico, a ser aferida de maneira subjetiva, importará ao autor da ação a necessidade provar o defeito. Consequentemente, a inversão do ônus probatório será possível somente por parte do magistrado, utilizando-se do artigo 6º do CDC, o que pode ser determinante para o correto julgamento da lide.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança de paradigmas trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (1988) ainda está sendo pavimentada. A vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de serviços é o principal fundamento para a necessidade de considerar objetiva a obrigação de reparar. Não há dúvida que para quem presta os serviços, comprovar a não existência do defeito é muito mais fácil do que para o consumidor, o qual muitas vezes não possui condições para prová-lo.

O serviço hospitalar, abrangido pelo código consumerista, entretanto, possui situação conflituosa na definição de sua natureza. Percebe-se, que quando há a prestação de serviço médico em um hospital, vários são os requisitos para averiguar os responsáveis pela reparação de dano antijurídico que venha ocorrer.

Nesse sentido a pesquisa mostrou que o Superior Tribunal de Justiça entende a responsabilidade do nosocômio como sendo objetiva somente quanto a danos provenientes de obrigações próprias, como de fornecimento de recursos, materiais e humanos, auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente. Entretanto, quando o dano advir de atos técnicos praticados por médicos, com vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, a responsabilidade será solidária com a do profissional, por conseguinte para a Suprema Corte esta responsabilidade será subjetiva, porque será verificada somente nos casos em que houver culpa do profissional.

Diferentemente, para a jurisprudência catarinense a responsabilidade civil hospitalar é objetiva, prescinde de culpa, mas é necessário o reconhecimento da ilicitude do ato que causou o dano. Dessa maneira, a obrigação de reparar não existirá quando for provado que não existe defeito, no caso de erro médico, quando o profissional da medicina, empreender e utilizar dos recursos necessários para a reabilitação do paciente, despendendo esforços e sendo diligente na busca da recuperação da saúde da pessoa aos seus cuidados. Assim, mesmo que haja nexo causal, o profissional médico tem vínculo como o nosocômio, comprovado que não há defeito, não haverá a obrigação reparar, justificada a conduta média, a mesma não será antijurídica.

Além disso, ambas as instâncias reconhecem que há nexo causal quando o profissional médico possuir vínculo empregatício ou de subordinação, ainda que seja através de regime de plantões. Logo, somente inexistente nexo causal, nos casos em que há a mera utilização de

equipamentos e espaço físico do hospital para a realização de procedimentos, acordados entre médico e paciente diretamente.

O que se percebe é a dificuldade que há em definir os contornos da responsabilidade hospitalar, por erro médico, já que tem sua origem em conduta de profissional liberal, incluído na exceção do § 4º do Art. 14 do CDC, atribui-se responsabilidade subjetiva, aferindo-se mediante verificação de culpa. Mesmo quando considerada subjetiva, necessitando aferir a culpa médica, não há investigação à respeito da conduta empresarial, culpa própria, e nesse ponto é que acreditamos ser a grande confusão quando se trata o tema, pois o fato de o erro médico ser apurado mediante culpa, não implica necessariamente que a responsabilidade hospitalar é subjetiva, antes é semelhante à do proponente, que é presumida e somente se exclui comprovando-se que não houve ato culposo do preposto. Logo, temos que é acertada a inversão do ônus probatório, incluída pelo § 3º, porque, uma vez presumida, ao prestador do serviço incumbe a prova de inexistência de defeito.

Contudo, acreditamos que a jurisprudência tem caminhado para trazer maior segurança jurídica em relação a estes casos, porquanto concordamos com o posicionamento dos desembargadores catarinenses, seja na definição do nexos e caracterização do defeito, como também em relação a natureza objetiva da responsabilidade civil por erro médico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua. Vol. IV. 2a ed. Livraria Francisco Alvez: Rio de Janeiro, 1924.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 594.962 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2003/0171996-3. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Sessão de 9/11/2004. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 400.843 / RS, RECURSO ESPECIAL 2001/0196593-7. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sessão de 17/02/2015. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258.389 / SP, RECURSO ESPECIAL 2000/0044523-1, TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sessão de 16/06/2005. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 351.178 / SP, RECURSO ESPECIAL 2001/0108187-8. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Sessão de 3/04/2008. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 605.435 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2003/0167564-1. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Sessão de 27/08/2008. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 696.284 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2004/0144963-1. TERCEIRA TURMA. Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI. Sessão de 22/11/2009. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 986.648 / PR, RECURSO ESPECIAL 2007/0215972-5. TERCEIRA TURMA. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Sessão de 10/05/2011. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.216.424 / MT, RECURSO ESPECIAL 2010/0182549-7. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sessão de

09/08/2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.635.560 / SP, RECURSO ESPECIAL 2016/0254982-3. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sessão de 10.11.2016. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.664.908 / MT, RECURSO ESPECIAL 2017/0021369-7. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sessão de 6/06/2017. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.653.134 / SP, RECURSO ESPECIAL 2015/0052008-4. TERCEIRA TURMA. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Sessão de 19/11/2017. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.707.817 / MS, RECURSO ESPECIAL 2017/0053968-8. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sessão de 05/12/2017. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.736.039 / SP, RECURSO ESPECIAL 2016/0303806-1. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sessão de 5/06/2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

CARNAUBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil e nascimento indesejado**. Tese de doutorado. USP. 2016

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1979. v. 2.

DINIZ, Maria Helena 1948-. **Curso de direito civil brasileiro**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010- v.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo; AZEVEDO, Antônio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo (Atual.). **Contratos**. 26ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009- v. ISBN 9788502075337 (v.1).

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 316 p. ISBN 9788522459551.

LIMA, Alvinho **Culpa e risco** I Alvinho Lima. - 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. - (RT Clássicos) ISBN 85-203-1663-8

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

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

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. 310 p. ISBN 8502040499.

MORAES, Maria Celina Bodin, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016 p. 70.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 754 p. ISBN 9788502203198.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 286 p. ISBN 9788502068223.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 3ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. T. LIII.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão**. REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, v. 14, p. 237-309, 2018.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2007.038079-6. Relator: Juiz Henry Petry Junior. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 02/12/2008. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2009.065206-4. Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 20/04/2010. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2009.013989-6. Relatora: Desembargadora Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 9/02/2012. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.053965-9. Relator: Desembargador Monteiro Rocha. Data de julgamento: 14/01/2014. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.023180-5. Relator: Desembargador Jaime Ramos. Florianópolis. Data de julgamento: 05/10/2015. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000758-61.2006.8.24.054. Relator: Desembargador Saul Steil. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 23/06/2016. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0003160-97.2008.8.24.0005. Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 12/12/2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0002765-78.1999.8.24.0019. Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis. Data de julgamento: 10/05/2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0001679-43.2011.8.24.0022. Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria. Data de julgamento: 02/04/2019. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance**. 3. ed. São Paulo: Altas, 2013. v. 1000. 272p

\_\_\_\_\_. **Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição**. REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, v. 18, p. 169-214, 2019.

STOLL, Hans. **Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart**, Tubinga, v. 364/365, 1968.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014-. v. ISBN 9788530952402 (v. 2).

VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009- v.3

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: contratos em espécie**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MULHOLLAND, Caitlin. **Instituições de direito civil: contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade Civil**. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3.

---