

## Erro médico sob a perspectiva da administração legal hospitalar

*Helena Lahr<sup>1</sup>*

### RESUMO

Este artigo busca traçar o panorama da responsabilidade civil por erro médico, expondo o posicionamento da jurisprudência sobre o tema, com o objetivo de permitir o conhecimento dos riscos e gerenciamento dos mesmos no exercício desta atividade econômica, de particularidades significativas, por dizer respeito à saúde e à vida do ser humano.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Erro médico.

### INTRODUÇÃO

Lembrando Fábio Ulhoa Coelho,<sup>2</sup> o ambiente institucional marcado pela previsibilidade das decisões judiciais é uma das condições para a realização de negócios e atração de investimentos. O empresário, ao fazer cálculos destinados à definição do preço dos produtos ou serviços que oferecerá ao mercado, adota como premissa a efetividade da lei e dos contratos. Parte do pressuposto de que a lei será aplicada tal como resulta de seu sentido imediato. As decisões judiciais são *imprevisíveis* quando o juiz interpreta a lei de forma não assimilável por ele ou libera o contratante do cumprimento de obrigação assumida em contrato.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo - Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - Coautora da obra Regularização Fundiária organizada pelo Desembargador Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, e Wilson Levy - Palestrante - Advogada com larga experiência em contencioso diferenciado - Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP, Subseção Tatuapé. hl@helenalahr.com.br

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16-17.

O empresário trabalha com uma taxa de risco associada a certa margem de imprevisibilidade das decisões judiciais. Após fazer os cálculos para precificar seus produtos ou serviços, o empresário *acrescenta* ao resultado o valor correspondente ao risco das decisões judiciais imprevisíveis, dentro de certa margem que considera adequada ao seu setor de atuação. E no caso do setor de saúde isto é essencial este cálculo que deve ser feito com todo cuidado, dado o rigorismo das indenizações e às tendências minoritárias de recrudescimento desta responsabilização com direcionamento à responsabilidade objetiva.

Por conta disso, traçou-se panorama geral destes riscos próprios das decisões judiciais e de alguns mecanismos de minimização dos mesmos.

### **RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DOS MÉDICOS, HOSPITAIS, CLÍNICAS E PLANOS DE SAÚDE**

A tendência fortemente prevalente, no que se refere à responsabilidade civil por erro médico é a da responsabilidade solidária dos hospitais, clínicas de saúde e planos de saúde, quando exista vínculo empregatício do médico, ou relação de preposição decorrente de contrato de prestação de serviços.

Há especificidade que deve ser levada em consideração no caso do erro médico. Os danos sofridos não são somente patrimoniais, há também o dano extrapatrimonial decorrente das dores, da angústia do próprio tratamento de eventuais sequelas, a convivência diária com os nefastos efeitos do erro médico, impossibilitando, muitas vezes de forma definitiva, o paciente de ter vida saudável e plena em companhia dos entes queridos. E, infelizmente, não pouco infrequente, a consequência do erro médico pode ser a perda do bem mais precioso pertencente ao ser humano, que é a própria vida.

Portanto, a saúde não pode ser vista apenas como atividade de fins lucrativos, da mesma forma a responsabilidade por erro médico, por isso a *restitutio in integrum* dos danos sofridos pelo paciente é expressão da própria dignidade humana, no viés da constitucionalização do Direito Privado, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Lembrando ainda que, a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso X, prevê a indenização por danos materiais e morais como direito fun-

damental da pessoa e, o princípio da reparabilidade integral dos danos materiais e morais em favor dos consumidores, dentre eles o paciente, é princípio que está expresso no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Tendencialmente, a jurisprudência vem recrudescendo na condenação por erro médico arbitrando valores indenizatórios significativos, justamente, por envolver como valor maior a saúde e até mesmo a vida dos pacientes.

Além disso, existem tendências minoritárias no Superior Tribunal de Justiça como a objetivação da responsabilidade no que se referem aos hospitais, clínicas e planos de saúde, aplicando-se o § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sem tomar como requisito prévio a comprovação de culpa por parte do médico responsável, ou seja, não é necessário a prova da culpa do preposto, para presumir a do preponente,<sup>3</sup> e a responsabilização dos hospitais e clínicas em decorrência da locação de espaços para procedimentos por médicos, mesmo que não exista nenhum vínculo entre os médicos e o hospital ou a clínica, em razão do nome dos hospitais e clínicas terem inspirado confiança no consumidor e lucrado com a locação do espaço para terceiro, no caso o médico.<sup>4</sup>

## A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico, isto é, daquele que tem habilitação universitária e exerce a medicina com habitualidade, vivendo do seu trabalho, tem como pressupostos: o ato médico praticado com a violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato; imputável a título de culpa, e causador de um dano injusto ou patrimonial ou extrapatrimonial.<sup>5</sup>

Além da responsabilidade por ato próprio, o médico pode responder por ato de outro, ou por fato das coisas que usa a seu serviço.

A responsabilidade do médico é subjetiva lastreada na culpa *stricto sensu*, na modalidade de imperícia, imprudência ou negligência, como expresso pelo artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

---

3 REsp. 696.284/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 09/10/2009.

4 REsp. 419.026/DF, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 26/10/2004.

5 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais* 718/ 33-51, São Paulo, Ed. RT, agosto de 1995, p. 34.

O médico, nas relações de consumo com os clientes, não está adstrito à obrigação de resultado, está adstrito à obrigação de meios. Portanto, se a obrigação é de meio, o dever do médico é utilizar todos os meios existentes para o diagnóstico e tratamento do paciente e esgotar as diligências ordinariamente exercidas, não está adstrito a produzir o resultado da cura. Em suma: deve o médico usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço.

Haverá dever de indenizar se a atividade for exercida de forma imprudente ou negligente, e se na prestação do serviço venha ocorrer o erro médico, o profissional terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática.

A distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado é relevante no que se refere à produção probatória.<sup>6</sup> Na obrigação de meio, o paciente deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o médico não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.<sup>7</sup>

Cabe a advertência de que, as ações sustentadas em dano por erro médico encerram uma das hipóteses que mais angustiam os julgadores, porquanto, excetuando-se os casos de erros grosseiros, em que facilmente é detectável a culpa do profissional, os outros raramente encerram hipóteses conclusivas sobre atuação desastrosa do profissional. A ciência médica não é exata, constituindo obrigação de meio e não de resultado. O médico trata de pessoas, cada qual um universo distinto, capaz de influir no resultado buscado. Ademais, reações orgânicas não são previsíveis, de forma que nem todo resultado infeliz advindo de uma cirurgia pode ser atribuído a erro médico. Portanto, cabe ao profissional fazer prova de que tomou todas as providências cabíveis, em termos exames e tratamento, e que adotou as técnicas modernas da ciência disponíveis cuidar do paciente.

O que torna a perícia médica e o prontuário, além do histórico clínico, completo e legível, imprescindíveis para a proteção dos interesses em juízo, porque reconstituem todo o quadro fático que demonstra os cuidados dados ao paciente, fazendo prova da adequação da técnica e de

---

6 No que se refere à obrigação de resultado basta que o lesado demonstre, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido.

7 A cirurgia estética é obrigação de resultado, o que, a princípio, poderia sustentar a existência de responsabilidade objetiva. No entanto, no que se refere à cirurgia plástica estética, Sergio Cavaliere Filho, sustenta que, a obrigação de resultado em alguns casos não gera a responsabilidade objetiva, apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva no caso de obrigação de resultado do médico, mas com culpa presumida.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 397.

que todos os meios disponíveis foram utilizados na busca da cura. Meios de prova essenciais para demonstrar o cumprimento da obrigação meio atribuída ao médico.

### **A CULPA MÉDICA: DISTINÇÃO ENTRE ERRO MÉDICO POR IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA**

A jurisprudência apresenta confusão bastante acentuada em distinguir as três modalidades de conduta nas quais se expressa a culpa, a saber, a negligência, a imperícia e a imprudência. A clareza dos conceitos jurídicos é imprescindível para a elaboração de uma boa defesa em juízo. Além disso, o conhecimento preciso destas modalidades de culpa e dos exemplos de conduta que as concretizam servem como orientação para a elaboração de treinamentos e criação de protocolos como instrumentos de gerenciamento de riscos, reduzindo custos e protegendo a vida e a saúde dos pacientes.

Os casos de negligência são os mais numerosos na jurisprudência, posto que a distração é própria à natureza humana. A **negligência** médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia e passividade do profissional. É ato omissivo por excelência, o não agir.

São condutas que evidenciam a negligência médica, segundo Genival Veloso de França, Professor de Medicina Legal, que traz a interessante perspectiva do médico diante da responsabilidade civil por erro médico:<sup>8</sup>

a) Abandono de doente. É a modalidade clássica de negligência médica, estabelecida a relação médico-paciente há a obrigação de continuidade de tratamento. O conceito de abandono deve estar bem claro, o médico deve ter ciência de que o paciente necessita de tratamento e mesmo assim deixa de atendê-lo.

b) Omissão de tratamento. O médico omite o tratamento ou retarda o encaminhamento do doente a outro colega para os cuidados necessários. Por exemplo, clínico ao tratar de doente portador de apendicite não o transfere de imediato para o cirurgião, adotando o tratamento conservador, ou o faz posteriormente por desídia, quando as complicações já ocorreram.

---

8 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 11. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.p. 255-261.

c) Negligência de um médico pela omissão de outro (negligência vicariante). As tarefas de exclusiva responsabilidade de um médico são entregues a outro que não as cumpre. Por exemplo, um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão com a certeza de que o colega virá para ocupar seu posto, o colega chega atrasado e o doente sofre danos, segundo o Código de Ética Médica ambos são responsáveis. Médico que por doença, gozo de férias ou certos impedimentos indica outro como substituto, é responsável pelos atos do substituto. Outro exemplo, o médico que indica anestesista para a realização da cirurgia, é responsável pelos atos deste perante o paciente.

d) Prática ilegal de medicina por pessoal técnico. O médico atua com a colaboração de pessoal auxiliar. Quando este auxilia efetua tarefa em que a assistência do médico é indispensável, e disso vem a resultar dano à vida ou à saúde do paciente, há responsabilidade do médico, do auxiliar e do hospital ou clínica de saúde, consequência da aplicação do **princípio da negligência do superior responsável**.<sup>9</sup> Não há responsabilidade quando o auxiliar subalterno executa ato próprio de sua capacidade, e decorrente do próprio exercício de suas funções.

e) A letra do médico. A responsabilização ocorre quando há troca de medicamentos, tomando o paciente remédio distinto do prescrito, resultando em prejuízo à saúde do mesmo. O farmacêutico agiu com imprudência, pois não devia fornecer medicamento que não estava absolutamente certo de ser o prescrito. E também do médico, por negligência e por imprudência, pela previsibilidade do ato em acarretar dano ao paciente. O adequado seria emitir a receita por computador, ou ao menos tomar cuidado em melhorar a grafia.

f) Esquecimento de corpo estranho em cirurgia. Neste aspecto o relato de Genival Veloso de França é interessantíssimo porque, a despeito de reconhecer o rigorismo da jurisprudência no campo da responsabilidade civil por erro médico,<sup>10</sup> afirma que os mais hábeis e experimentados cirurgiões reconhecem a probabilidade destes acidentes e a estatística demonstra que aqueles que se dedicam à esta atividade, mesmo os profissionais de longa vivência, incorrem em

9 Genival Veloso de França considera que neste caso não há responsabilidade do médico, mas não apresenta nenhuma justificativa. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 2012. Ob. cit., p. 258-256.

10 Considera que, somente haveria negligência se o evento se repetisse com frequência: "O simples fato de haver esquecimento de um corpo estranho num ato operatório por si só não constitui, moral ou penalmente, um fato imputável, a menos que essas situações se repitam em relação a um determinado profissional, o que, por certo, viria configurar-se numa negligência médica." Continua o autor mais adiante, "A inclinação dos tribunais civis é admitir sempre a reparação do dano, pouco lhes importando que o resultado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa médica não chega nem a ser comprovada." FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Ob. Cit, p. 258-259.

tais acidentes, embora esporadicamente, sendo que, “não é exagero afirmar-se que dificilmente um bom cirurgião, escapou deste dissabor.”<sup>11</sup>

Estes eventos, quando surgem, são exatamente nas operações de grande risco e de urgência comprovada, como no caso de acidentes graves ou vultosas hemorragias, ocasionado pelo pânico naturalmente provocado na equipe ante o angustiante estado de iminência de morte do paciente. Normalmente são as compressas que acabam esquecidas porque ficam mascaradas e escondidas no recôndito das cavidades. As incisões pequenas também colaboram para isso.

Devemos, ainda, levar em consideração a precariedade em que muitas operações são realizadas, em pequenos hospitais ou maternidades, onde os médicos operam e dão anestesia com a ajuda de um atendente ou serviçal, diante de casos desesperadores e angustiantes, seria desmedido não tomar em consideração estas circunstâncias em eventual responsabilização.

Nas situações acima pode buscar-se maior justiça na responsabilização do médico, recorrendo-se ao artigo 944, parágrafo único do Código Civil,<sup>12</sup> por meio do qual, permite-se que a medida indenizatória seja a gravidade do ato e não a extensão do dano, ao invés de termos a indenização pela extensão do dano, temos a indenização do prejuízo pela extensão da culpa do autor do dano ou o julgar pela equidade, reduzindo o “quantum” indenizatório.

g) Cirurgia do lado errado ou da pessoa errada. Alguém ser operado do joelho esquerdo ao invés do direito ou se submeter à histerectomia e ter o apên-

11 FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Ob. Cit, p. 258-259.

12 Este artigo tem sido utilizado para redução do montante de indenização não só em relação ao médico, mas também em relação aos hospitais, clínicas de saúde e planos de saúde, não tendo sido encontrado na jurisprudência a adoção da orientação do Enunciado da I Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça em 11 de setembro de 2002, segundo a qual o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil deveria ter aplicação restritiva por força do princípio da reparação integral do dano e não sendo aplicável às hipóteses de responsabilidade objetiva: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do artigo 944 do Novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.” Segue-se dois casos que forma julgados subsumindo-os ao artigo 944, parágrafo único do Código Civil. 1) No Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 469.656-4/9-00, Relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, v.u., j. 06.03.2007, em caso no qual o médico prescreveu medicação para diabetes por conta de exame que constava alteração de glicemia, sendo que, a alteração da glicemia constava da segunda folha do exame, que fora trocada pelo laboratório pela de outra paciente, entendeu que “Não se poderia exigir do recorrido (médico) esforço sobre-humano, cautela excessiva, com a verificação, folha por folha, do nome da recorrente. A folha que capeava os exames indicava que eles eram da sua paciente. Essa a cautela normal. Não investigar sobre as demais foram corretamente juntadas tipifica culpa levíssima, não exigível ao comum dos homens, nem justificando responsabilidade civil.” A autora neste caso também foi negligente não retornando na data aprazada para novo exame. 2) No Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0030066-44.2002.8.26.0405, Relator Desembargador Flavio Abramovici, v.u., j. 07.08.2012, trata-se de indenização por danos morais e materiais, decorrente de erro médico por retardamento do diagnóstico de cisto ovariano. Em razão de não ter sido provado o nexo entre o atraso do diagnóstico e a ablação parcial de órgãos (ovário e tuba uterina) da paciente; órgãos que existem em duplicidade (não houve prejuízo às funções orgânicas) e internos (não houve deformidade); tumor de difícil diagnóstico, a culpa do hospital e do plano de saúde foi considerada “pequena”, reduzindo-se a condenação do dano moral de R\$150.000,00 para R\$20.000,00, constando expressamente do acórdão que “sopesados esses critérios, de rigor a redução do valor da indenização, para que se adeque à extensão do dano”.

dice extirpado,<sup>13</sup> não há como negar a culpa. Este tipo de negligência é muito mais grave dado o resultado lesivo. São nas áreas de maior complexidade e de maior utilização tecnológica, como nas salas de cirurgia, nas unidades de terapia intensiva e nas emergências, que ocorre este tipo de evento.

Um dos efeitos da massificação na área saúde, que deve ser compreendida no âmbito mais amplo da massificação das relações sociais próprias da sociedade de consumo, foi a despersonalização da relação médico-paciente, houve o distanciamento entre o médico e o seu paciente, atualmente, trata-se de relacionamento entre o usuário e o prestador de serviços.

Acreditamos que, o incremento do número de eventos ligados à esta modalidade de conduta negligente está intimamente relacionado à despersonalização da relação médico-paciente. Nos Estados Unidos<sup>14</sup> tem-se recorrido à elaboração de protocolos com procedimentos padrões para prevenir este tipo de risco como o da “*Joint Commision on Accreditation of Health Care Organizations*”, que ao analisar 126 casos, apresentou o “*Protocolo Universal para Prevenir a Cirurgia do Local Errado e da Pessoa Errada*”, segundo Genival Veloso de França,<sup>15</sup> o referido protocolo baseia-se nas seguintes orientações: 1) identificar os pacientes corretamente no agendamento da cirurgia; 2) melhorar a efetividade da comunicação entre profissionais e pacientes; 3) introduzir um programa de avaliação de riscos; 4) instituir visitas pré-operatórias em equipe; 5) ter listagem exposta de pacientes e procedimento no bloco cirúrgico; 6) ter exames de imagens e outros itens necessários e visíveis na sala de cirurgia que identifiquem o paciente; 7) marcar o local da cirurgia com tinta indelével; 8) identificar no pré-operatório imediato o paciente correto, o procedimento correto e o local correto pelos membros da equipe; 9) se possível, ter a confirmação do paciente antes de começar a operação.<sup>16</sup>

13 Paradigmático este caso ocorrido nos Estados Unidos, a paciente foi informada que sofria de forma de câncer agressivo de mama, foi submetida à dupla mastectomia, 48 horas depois o médico informou que era desnecessária a cirurgia porque a mesma não possuía câncer, as lâminas de biópsia e a documentação foram trocadas pela outra paciente, o equívoco deixou-a sofrendo inleções, tendo que enfrentar mais cirurgias e além de todo esforço e sofrimento para reconstruir sua vida. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. edição, 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, nota 123, p. 88.

14 Para leitura das estatísticas que levaram nos Estados Unidos à criação destes protocolos para combater esta forma de negligência médica, KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 107-108.

15 FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Ob. Cit, p.261.

16 A *American Academy of Orthopaedic Surgeons* elaborou protocolo universal, *Universal Protocol For Eliminating Wrong Site, Wrong Procedure, Wrong Person Surgery*, no qual está evidente a preocupação com a *transmissão da informação* e criação de *procedimento padrão* como mecanismos de garantia a incolumidade físico-psíquica do paciente, interessante o procedimento consistente em três etapas que precede a cirurgia, <http://www3.aaos.org/member/safety/protocol.cfm>, consulta em 15 de dezembro de 2013.



A **imprudência** é a culpa comissiva, decorrente da ação. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela.

São condutas marcadas pela imprudência o cirurgião que não espera pelo anestesista, iniciando a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca; médico que decide realizar em 30 minutos cirurgia arriscada sem garantia de vaga na UTI; remoção de paciente grave em ambulância sem equipamentos adequados.

A **imperícia** é a falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático ou por deficiência de conhecimentos técnicos da profissão; a incapacidade ou inabilitação para a prática de determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos básicos exigidos para o exercício da profissão.

Genival Veloso de França, ao nosso ver com acerto, considera que, não se deve imputar imperícia ao médico porque é muito difícil atribuir ignorância a quem é portador de diploma universitário, que lhe garante o pleno exercício profissional e o conhecimento regular da Medicina, diploma este conseguido por meio de prestação de exames exigidos nos currículos universitários.<sup>17</sup>

Sustenta que, mesmo nas faltas mais grosseiras devemos estar diante de imprudência ou negligência, por mais que pareça à primeira vista tratar-se de imperícia. Considera que, juridicamente, é insustentável a alegação de imperícia, pois o diploma e seus registros nas repartições competentes outorgam habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia, pois são provas inconteste de sua capacitação técnica. Dizer de alguém que é profissional, que pratica diuturnamente seu mister, que o mesmo não detém conhecimentos para tanto, é contrassenso.

Se o médico desatualiza-se e comete sucessivos erros no exercício de sua profissão, não é caso de imperícia, mas de negligência, pois é princípio elementar que todo profissional deve procurar estar informado dos progressos relativos à atividade que desempenha.

Da mesma forma, se o médico conhece superficialmente composição de determinado medicamento, ou técnica mais sofisticada, age com imprudência ao receitar medicamento do qual não tinha o necessário conhecimento, ou adotado técnica para a qual não se preparou adequadamente.

---

17 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Ob. cit., 2013, p. 262.

A imprudência está alicerçada na falta de experiência do profissional, é imprudente o médico que perfura o útero numa curetagem, ou que lesa vaso sanguíneo importante em cirurgia que não está capacitado a fazer.

É muito mais grave a imputação de negligência e de imprudência, especialmente no campo penal, pois em ambas há fortes indícios de culpabilidade, ao passo que, no caso de imperícia há presunção de falta de aprimoramento técnico, relativo à pessoa que desempenha a função de médico.

### **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS DE SAÚDE E PLANOS DE SAÚDE**

O tema é bastante delicado e cheio de nuances derivadas da própria complexidade da prestação de serviços na área de saúde, por meio de atividade organizada empresarialmente, formando cadeia de prestadores de serviços, interligados por meio de intrincada rede contratual. Acrescentando-se outra importante particularidade do setor, a tutela jurídica ultrapassa os meros limites da prestação de serviços médico-hospitalares, atingindo bens tutelados com maior intensidade pelo ordenamento do jurídico, como a saúde e a vida.

*A jurisprudência sobre o erro médico* não é pacífica. É essencialmente tormentosa, marcada por certa dose de insegurança jurídica e confusão conceitual muito preocupante entre elementos da responsabilidade subjetiva, previstos pelo Código Civil, e elementos da responsabilidade objetiva, previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente, o artigo 14, exaustivamente, referido nos incontáveis julgados.

O quadro descrito torna o trabalho do operador jurídico bastante dificultoso, sendo temerário o uso de afirmações taxativas, restando apenas apontar as tendências majoritárias que estão sobrepostas a outras tendências minoritárias, que se mesclam entre si. De tal feito que, nos pareceu mais consentâneo tratar de determinados aspectos com base em paradigmas, oriundos do Superior Tribunal de Justiça que tem a missão de uniformização da interpretação e da aplicação da legislação infraconstitucional.

No Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido a orientação de que, a responsabilidade dos hospitais, ou das clínicas de saúde, ou planos de

saúde,<sup>18</sup> no que tange à atuação médico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por contrato de prestação de serviços, é **subjetiva**, ou seja, **dependente da comprovação da culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes**, nos exatos termos do artigo 932 inciso II e o artigo 951 ambos do Código Civil, mantendo-se a aplicabilidade da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.<sup>19</sup>

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, o artigo 14 deste diploma legislativo que prevê a responsabilidade objetiva não conflitaria com o entendimento acima esposado. A responsabilidade objetiva prevista para os hospitais, clínicas de saúde ou planos de saúde circunscreve-se apenas aos **serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial** propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à internação do paciente, instalações equipamentos, serviços auxiliares como enfermagem, exames e radiologia, e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição.<sup>20</sup>

Portanto, se o médico for empregado do hospital ou sócio cotista ou integrante do corpo clínico, será o estabelecimento empresarial solidariamente responsável pelos atos culposos de seus prepostos.<sup>21</sup> Para tanto, hospital, ou clínica de saúde, não pode ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa, ou dolo, do médico, empregado ou preposto, estejam suficientemente provados.

Isto porque, os serviços prestados pelos médicos têm natureza especialíssima. Intervir no corpo humano é potencializar os riscos, não há como

18 Para delimitação precisa da responsabilidade dos planos de saúde por erro médico, consultar: STJ, 4ª T., REsp. 866.371/RS, Rel. Min. Raul Araújo, v.u., j. 27.03.2012. Assim ementado: se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais, ou clínicas de saúde, com reembolso das despesas no limite da apólice, não poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a escolha dos médicos ou hospitais foi feita pelo próprio paciente, ou por pessoa de sua confiança, sem a indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, ou clínica de saúde, trata-se de **sistema de livre escolha**.

Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço, **sistema misto** com rede própria e credenciada.

A operadora de plano de saúde na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, **unicamente rede credenciada**.

No mercado, atualmente, coexistem as três realidades, cabendo ao intérprete-aplicador distingui-las, inclusive para avaliar os riscos que apresenta cada uma das modalidades.

19 Súmula 341, do STF: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou comitente."

20 STJ, 4ª T., REsp. 258.389/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, v.u., j. 16.05.2006.

21 A relação de preposição é aqui entendida como **extensão da própria garantia de cumprimento dos deveres decorrentes do contrato** celebrado entre as partes, ou seja, o contrato de trabalho celebrado entre o médico e o hospital, ou contrato de prestação de serviço celebrado entre os mesmos.

antever as reações do organismo. Por conta desta imprevisibilidade, o **dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa**. Objetivamente o que deve ser verificado é o cumprimento da obrigação de meio, com exceção às cirurgias estéticas e não reparadoras, se houve a utilização de todos os meios disponíveis em favor da cura do paciente e dos procedimentos técnicos compatíveis com o quadro clínico. A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas.

Miguel Kfoury Neto reproduz lição de Rui Stoco, no sentido de que inexistente responsabilidade objetiva dos hospitais, o que se estende também às clínicas de saúde e aos planos de saúde, pelas seguintes razões: 1º) O Código de Defesa do Consumidor não se afastou do conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, artigo 932, inciso III, do Código Civil, que estabelece a presunção de culpa, não afastando a culpabilidade, apenas invertendo o ônus da prova. 2º) Há profunda diferença entre a responsabilidade objetiva, na qual basta demonstrar a existência do dano e o nexo de causalidade, e a responsabilidade presumida, no qual ínsita a culpabilidade, que deve ser afastada por meio da produção probatória. 3º) A responsabilidade é contratual, respondendo o hospital, clínicas de saúde e planos de saúde por ato de seus prepostos. 4º) O serviço é prestado por médicos, de modo que o objeto de prova é o próprio **trabalho médico**, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina.<sup>22</sup>

No mais, quando se trata de atividade médica cuja contratação assegura meios e não resultados, de que modo que o resultado não querido, não pode ser equiparado ao “*defeito*” na prestação do serviço, tal como previsto pelo parágrafo 1º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor. Sob pena, de chegarmos à seguinte conclusão: se não provada a culpa do médico, o hospital, ou clínica de saúde, responderá objetivamente. Assim, o paciente terá a cura ou o direito à indenização, tal conclusão não se coaduna com natureza da própria prestação de serviço, pois o médico, com exceção da cirurgia estética, não está adstrito a cumprir obrigação de resultado, não pode prometer a cura do paciente.

Pontes de Miranda classifica tal responsabilidade como transubjetiva porque a “relação jurídica é entre o titular do direito e da pretensão à repa-

22 STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. Tribuna da Magistratura, Cadernos de Doutrina, set. 1996, p. 65 apud KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais. Ob. cit, p. 107.

ração e o que se aponta como culpado de não escolher, de não vigiar ou de instruir e munir suficientemente”, a responsabilidade é por culpa própria, mas o ato é de outrem.<sup>23</sup> A responsabilidade é transubjetiva “quando não se repara se não há ligação ao sujeito, posto que não provenha de ato dele, diretamente, o dano”.<sup>24</sup>

Em relação à responsabilidade de terceiros por ato de outrem, Pontes de Miranda, a culpa consiste “em escolher (inclusive não-despedir) e em vigiar”.<sup>25</sup> Sendo pressupostos desta responsabilidade: a) o dano; b) a relação de emprego, preposição ou serviço; d) a culpa na escolha ou na vigilância, ou outra semelhante, que a jurisprudência presume,<sup>26</sup> conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no *leading-case* que tem orientado as decisões no caso de responsabilidade de hospitais, clínicas de saúde e planos de saúde, o REsp. 258.389/SP.<sup>27</sup>

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina há forte tendência à objetivação da responsabilidade dos hospitais, clínicas de saúde e planos de saúde, conforme julgado da 2ª Câmara de Direito Público, na Apelação Cível nº 2012.015026-1, Relator Desembargador Francisco Oliveira Neto, votação unânime, julgado em 04.09.2013, expressou o entendimento predominante nesta Corte nos seguintes termos:

A responsabilidade civil a que está sujeito o Hospital (...) (pessoa jurídica de direito privado \_ fl. 99) é aquela prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço), ou seja, de caráter objetivo, uma vez que a relação existente entre o autor e o nosocômio é clara relação e consumo, de modo que o réu se enquadra na figura do fornecedor/ prestador de serviços (art. 3º do CDC), e o autor, por sua vez, na de consumidor (art. 2º do CDC).

[...]

Na mesma direção, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte: AC n. 2010.072787-7, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 7.3.13; AC nº 2011.010830-0, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 11.12.12; AC n. 2010.015788-1, rel. Des. Newton Janke, j. 11.10.11.

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, tomo LIII, § 5.503, p. 128.

24 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., tomo LIII, § 5.503, p. 122

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Ob. Cit. tomo LIII, § 5.504, p. 133.

26 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Ob. Cit. tomo LIII, § 5.504, p. 133.

27 STJ, 4ª T., REsp. 258.389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 16/06/2005.

Nesse sentido, o demandante, desde que comprove o dano, a conduta e o nexo de causalidade, fica dispensado de comprovar a culpa ou dolo no caso concreto, sendo que o réu só poderá desonerar da responsabilidade quando produzir prova acerca da ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro, ou ainda, de caso fortuito ou de força maior.

Portanto, o aludido ao tratarmos deste tópico destas tendências conflitantes no campo da responsabilidade civil por erro médico também está presente no próprio Superior Tribunal de Justiça, no seio do qual tem prevalecido a orientação da responsabilidade subjetiva, pela qual nos orientamos na redação deste artigo.

### **USO DE ESPAÇOS PARA PROCEDIMENTOS E RELAÇÃO CONTÍNUA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Sobre este tema imperativo que se reproduza as criteriosas observações do Ministro João Otávio de Noronha proferidas no julgamento do Recurso Especial nº 908.359/SC, acórdão que traça as diretrizes significativas sobre o tema da responsabilidade dos hospitais, ou clínicas de saúde, por erro médico, quando há locação de espaço para cirurgia.

O Relator julgou inexistir solidariedade entre o hospital, ou clínica de saúde, que locou o espaço para cirurgia, e o médico, no caso de eventual dano ocasionado ao paciente, afastando, ainda, a responsabilidade objetiva, “não é o fato dos hospitais terem um mínimo de organização que poderão ser inseridos ‘numa complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços’ (voto da Relatora) que atraia as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o fornecedor de produtos para o consumo de massa”.<sup>28</sup>

O lucro é necessário sob pena de inviabilizar a atividade econômica, mormente tratando-se de atividade inserta no sistema capitalista, mas não é fim em si mesmo, por conta de interesses como a saúde e a vida humana, que tem fortes reflexos nos riscos assumidos por quem atua neste segmento. Poder-se-ia classificar o hospital como “fornecedor do produto saúde” aos “consumidores doentes”? O Ministro considera que, “o fato de receber

<sup>28</sup> STJ, Segunda Seção, REsp. 908.359/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 27/08/2008.

remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica”.<sup>29</sup>

Com a sensibilidade imprescindível ao bom julgador continua o Ministro a discorrer, justificando suas conclusões com base na realidade da saúde hoje no Brasil. Considerou que, existem serviços médicos que são meio para atingir o fim de obter lucros, mais propriamente o segmento de diagnósticos; os hospitais públicos, nos quais inexistem a intenção de lucro e onde os médicos trabalham premidos entre a falta de tecnologia, tempo e a necessidade de atender grande número de pessoas; os hospitais tradicionais, por sua vez, são organizados empresarialmente, sem deixar de lado a preocupação com a saúde e a vida do paciente, buscando a cura do mesmo. Diante desta diversidade, não se pode supor que basta a utilização do espaço no hospital, ou clínica de saúde, para estar caracterizada a responsabilidade solidária, por força destes auferirem lucro, e muito menos por conta de ter o médico, que locou o espaço, ter usufruído do pessoal que compõe o quadro profissional do estabelecimento.

O hospital, ou clínica de saúde, apenas cede suas instalações, cessando a vinculação do estabelecimento à atuação do profissional, o reconhecimento da responsabilidade solidária é injurídico. ***Aspecto relevante, é necessário que o paciente tenha estabelecido contato com o médico fora do hospital e que de nenhum modo se vincule o atendimento a ser prestado àquele determinado hospital.***

Se o paciente, sabedor da boa reputação do hospital, ou da clínica de saúde, para o tratamento de enfermidade específica, o paciente dirige-se a determinado estabelecimento, que se compromete a colocar à disposição do doente os serviços médico-hospitalares, evidente que responderá solidariamente.

A conclusão esposada por Miguel Kfoury Neto é de que, inexistem responsabilidade solidária no seguinte pressuposto de fato, quando o médico somente utiliza as dependências do hospital para suas intervenções cirúrgicas. O profissional não mantém nenhuma espécie de vínculo com estabelecimento. Os custos de utilização correm por conta do paciente. Se for constatado o dano após a realização da cirurgia, que de modo algum pode ser imputado ao pessoal auxiliar pertencente ao hospital, tampouco aos

---

<sup>29</sup> STJ, Segunda Seção, REsp. 908.359/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 27/08/2008.

equipamentos ou instalações postos à disposição do cirurgião. Portanto, **“o simples fato de o hospital, ou clínica de saúde, ceder a título oneroso, suas instalações, não o torna corresponsável, juntamente com o médico”**.<sup>30</sup>

No Superior Tribunal de Justiça a tendência atualmente prevalente é a da inexistência de responsabilidade solidária entre o hospital, ou clínica de saúde, no caso de locação de espaço para cirurgia para médico autônomo, conforme Recurso Especial n. 351.178/SP, 4ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, votação por maioria, julgado em 10.03.2009., transcreve-se trecho da ementa:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ANESTESIA GERAL. PACIENTE EM ESTADO VEGETATIVO.

[..]

3. 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. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.

4. Recursos especiais não-conhecidos.<sup>31</sup>

Cabe ressaltar que, não é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, conforme se transcreve trechos da fundamentação do Recurso Especial n. 419.026/DF, da 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, votação unânime, julgado em 26/10/2004, que adotou a **teoria do risco-**

30 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo, Ed. RT, 2010, p. 11-112.

31 Conforme trechos da fundamentação do REsp. 419.026/DF, profundamente esclarecedores sobre a controvérsia: “Ocorre que é inegável que a médica, ao realizar a cirurgia nas dependências do hospital, utilizando-se de seus equipamentos, recursos materiais e humanos, obrou no interesse econômico deste, que lucrou com tal atividade. Ressalte-se que é usual os ganhos do hospital com a internação e o pós-operatório em muito superarem os honorários auferidos pelo médico com a realização da cirurgia.” “Assim, o hospital deve responder pelos danos decorrentes do erro médico ocorrido na cirurgia por força do risco-proveito assumido, não eximindo a sua responsabilidade ter havido prestação de serviço indireta por meio de médico autônomo.”

“**Considere-se**, ainda, que o conceito e a credibilidade de que goza o hospital e o seu quadro clínico constituem para o paciente, não raro, fator preponderante para a escolha do médico. Por outro lado, para considerável número de pacientes, o fato do médico realizar cirurgias em determinado hospital evidencia que aquele profissional integra os quadros clínicos deste, sendo-lhes (aos pacientes) irrelevante, e inclusive desconhecida, a natureza da relação jurídica existente entre ambos: se de emprego, preposição ou locação.”

O mesmo entendimento foi proferido em acórdão recente: STJ, 3ª Turma, Ag. Rg. no REsp. n. 1239612/DF e Ag. Rg. no REsp.2011/0040806-0, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u. j. 26.02.2013, assim ementado: *Agravo Regimental no recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Médicos não subordinados ao hospital em que ocorreu o evento danoso. Responsabilidade subjetiva da entidade hospitalar. Acórdão recorrido proferido em consonância com o entendimento desta corte. Súmula 83/STJ. Culpa dos médicos. Reexame de fatos e de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Responsabilidade solidária do hospital. Inovação recursal. Agravo regimental desprovido.*



*-proveito*, fundamentado nos artigos 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>32</sup> Tal controvérsia também está presente nas instâncias ordinárias.

## CONCLUSÃO

O tema é bastante controvertido diante da própria complexidade da organização da atividade de prestação de serviços médico, organizada em vasta rede de atendimento altamente capilarizada, que abriga no seu interior grande diversidade fática.

Além disso, há forte tendência na responsabilidade civil em privilegiar o ressarcimento do dano em favor da vítima, tendência bastante acentuada no campo da responsabilidade por erro médico, especialmente, em razão da intensidade da tutela prestada à saúde e à vida.

Por conta, deste escopo em tutelar os interesses do paciente há forte tendência à objetivação da responsabilidade dos hospitais, das clínicas de saúde e dos planos de saúde. No entanto, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça orientação no sentido de preservar a responsabilidade subjetiva dos médicos, hospitais, clínicas de saúde e planos de saúde, com base no artigo 932, inciso II, do Código Civil.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. n. 718, p. 33-51, São Paulo, Ed. RT, ago. de 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil dos hospitais**. 1. ed., 2. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

---

32 Outro acórdão no mesmo sentido: "Cumprе destacar que, em relação à responsabilidade da clínica, entendo que ao caso dos autos não se aplica o precedente da 2ª Seção desta Corte em relação à exclusão da responsabilidade dos hospitais por prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação." (REsp 908359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008).