



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LENIRA SIMÔNIA ALBUQUERQUE DE MOURA CAVALCANTI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR E DE SEUS
MÉDICOS POR POSTERGAÇÃO OU OMISSÃO DE ATENDIMENTO

SOUSA - PB
2009

LENIRA SIMÔNIA ALBUQUERQUE DE MOURA CAVALCANTI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR E DE SEUS
MÉDICOS POR POSTERGAÇÃO OU OMISSÃO DE ATENDIMENTO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2009

LENIRA SIMÔNIA ALBUQUERQUE DE MOURA CAVALCANTI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR E DE SEUS MÉDICOS
POR POSTERGAÇÃO OU OMISSÃO DE ATENDIMENTO

Trabalho Monográfico apresentado ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data de aprovação _____

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador Prof. Especialista

Examinador (a) interno

Examinador (a) externo

À MARIA SIMÔNIA CAVALCANTI E A
ANTÔNIO DE PÁDUA CAVALCANTI QUE
FALECERAM SEM TER NINGUÉM PARA
DEFENDER SEUS DIREITOS E A TANTOS
OUTROS QUE SE FORAM NA MESMA
SITUAÇÃO.DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À força do bem que rege o universo.

A meus pais, Flávia Maria e João de Moura, meus verdadeiros amigos, cúmplices em tudo na minha vida, pelo amor que me têm devotado, desde a mais delicada infância, passando por todas as consternações da vida. Minha mãe, exemplo de mulher, que em seu silêncio consegue apreender todo o sentido da vida. Meu pai, que com suas inquietudes e ensinamentos, ensina-me a viver com honestidade e bravura. Tenham a certeza de que amo muito vocês.

A minha irmã, Priscila, companheira, preciosa e muito rara em minha vida. Sem ela não teria chegado tão longe, nem me tornado uma pessoa mais paciente.

A minha vovózinha querida e adorada, Maria Lenira, amiga e defensora em todas as horas e circunstâncias. É inenarrável a sua dedicação a mim, desde que nasci até os dias recentes.

A minha avó paterna Maria Simônia (*in memoriam*), a qual dediquei esse estudo e aos meus avós João de Moura (*in memoriam*) e Flávio (*in memoriam*), que são meus anjos- da - guarda, que me protegeram durante toda esta jornada.

A minha irmãzinha, Belinha, que tanto amo, desde que nasceu.

Ao príncipe, que os anjos me mandaram, João Paulo, maior presente que Deus pode me dar nos últimos tempos e que me faz sorrir mais, ser mais leve e ver o mundo todo cheio de cores como um arco-íris.

Ao meu amigo, irmão em espírito e aflições, desde o primeiro período Zé Carlos, porque sem ele o curso de direito teria sido mais dogmático e menos crítico. Estarei sempre disponível, contudo menos impaciente, para escutar suas elocubrações e teorias.

À Lorena, pessoa distinta que recebi de presente da vida e ensina-me muito a arte da vida.

Ao meu professor orientador, EDUARDO JORGE, pelo seu trabalho inenarrável dentro da Universidade como coordenador e por sua solicitude infatigável em todos os momentos. Sempre acreditando na minha tese mais do que eu própria. Um pai paraibano para todos os alunos que vem de fora desse estado.

"A humildade não está na pobreza, não está na indigência, na penúria, na necessidade, na nudez e nem na fome. A humildade está na pessoa que tendo o direito de reclamar, julgar, reprovar e tomar qualquer atitude compreensível no brio pessoal, apenas abençoa."

Emmanuel

(Francisco Cândido Xavier)

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AI - Agravo de instrumento
CC - Código civil
CDC - Código de defesa do consumidor
CEF - Código de estradas de ferro
CF - Constituição federal
CLT - Consolidação das leis trabalhistas
CPC – Código de processo civil
Resp – Recurso especial
STF - Supremo tribunal federal
STJ – Superior tribunal de justiça
TJRS – Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul
UTI - Unidade de terapia intensiva

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar de maneira clara e objetiva a problemática da “Responsabilidade civil do hospital particular e de seus médicos por postergação ou omissão de atendimento”, demonstrando a relevância do tema para uma população que padece com a carência de um sistema público de saúde, com o descaso e indiferença da iniciativa privada. Para a realização da presente pesquisa científica, foram adotados os métodos exegético jurídico, dedutivo e bibliográfico. O trabalho aborda um tema inexplorado em relação a responsabilização do médico contratado e pacífico em relação à responsabilização dos hospitais particulares e de seus profissionais isoladamente. Tal estudo justifica-se na atualidade pela problemática que vem ocorrendo nos hospitais privados, onde várias pessoas vem falecendo por omissão intencional de atendimento ou a postergação do mesmo até que haja alguma forma de pagamento. Os médicos contratados por esses hospitais se escusam a tomar qualquer providência sob o manto da subordinação hierárquica da relação trabalhista em detrimento de um bem maior, vida. Pretende-se, com o desenrolar deste trabalho, elucidar noções basilares da responsabilidade civil, analisar a legislação que a rege e a natureza jurídica das relações que se estabelecem, desde a entrada do paciente no ambiente hospitalar. Analisar-se-á ainda o conceito de erro médico e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre os casos de responsabilização, tecendo comentários sobre a supremacia do direito fundamental. Por fim, será abordada a situação concreta da omissão ou postergação de atendimento pelos médicos aos pacientes em estado de urgência, que não conseguem tratamento adequado face os ditames da Constituição Federal.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Hospital Particular. Medicos.

ABSTRACT

The present work has for target to analyze in clear and objective way problematic of the "Civil liability it private hospital and of its doctors for delay or omission of attendance", demonstrating to the relevance it subject for a population that suffers with the lack of a public system of health, with the indifference and indifference of the private initiative. For the accomplishment of the present scientific research, the methods had been adopted legally exegetic, deductive and bibliographical. The work approaches an unexplored subject in relation separately the responsabilização of the doctor contracted and pacific in relation to the responsibility of the private hospitals and its professionals. Such study it is justified in the present time for the problematic one that it comes occurring in the private hospitals, where some people comes to lost their lifes about intentional fault omission of attendance or the delay of the same until it has some mode of payment. The doctors contracted for these hospitals if excuse to take any step under the mantle of the hierarchic subordination of the working relation in detriment of the well biggest one, life. It is intended, with uncurling of this work, elucidating fundamental slight knowledge of the civil liability, to analyze the legislation that conduct it and the legal nature of the relations that if establish, since the entrance of the patient in the hospital environment. One will still analyze the concept of medical error and the positioning of the Superior Court of Justice on the responsibility cases, weaveeing commentaries on the supremacy of the basic right. Finally, the concrete situation of the omission or delay of attendance for the doctors to the patients in urgency state will be boarded, who does not obtain adequate treatment about Federal Constitution.

Key - words: Civil liability. Private hospital. Doctors.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR.....	13
2.1 Conceito de Responsabilidade Civil.....	13
2.2 Conduta da pessoa jurídica e a responsabilidade objetiva.....	17
2.3 Dano.....	21
2.4 Liame de Causalidade.....	22
2.5 Defeito do negócio jurídico: estado de perigo.....	24
3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO.....	27
3.1 Conceito de responsabilidade subjetiva do médico.....	27
3.2 Natureza jurídica do contrato médico – paciente.....	30
3.3 Erro médico: a conduta omissiva.....	32
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR E DE SEUS MÉDICOS POR POSTERGAÇÃO OU OMISSÃO DE ATENDIMENTO.....	35
4.1 Relação jurídica médico – hospital- paciente em casos de postergação ou omissão de atendimento.....	35
4.2 Propositura da ação civil contra hospital e médico em litisconsórcio facultativo.....	37
4.3 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	38
5 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42
ANEXO A – Caso das mães que abortaram por negligência de médico.....	44

1-INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar a responsabilidade civil dos hospitais particulares e de seus médicos contratados e conveniados em casos de postergação ou de omissão de atendimento às pessoas que procurem esses estabelecimentos privados, sejam elas portadoras de plano de saúde ou não, em face da legislação civil pátria, do Código de defesa do Consumidor (CDC), do direito médico e da relativização da subordinação do contrato de trabalho do médico plantonista em favor do direito constitucional maior à vida e à saúde.

Isso exposto, o objetivo do presente trabalho é promover uma conscientização em relação à necessidade de demandar judicialmente os responsáveis pelos danos causados aos hipossuficientes, em estado de urgência, que procuram os estabelecimentos hospitalares particulares e recebem dos seus funcionários médicos uma omissão de atendimento ou uma postergação do mesmo.

O instituto da responsabilidade civil possui três pressupostos para sua aplicação: 1) A presença de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente por ato ilícito ou lícito, este sob o enfoque da responsabilidade objetiva; 2) O acontecimento de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente; 3) O liame subjetivo entre o dano e a ação.

Por conseguinte, é de concluir-se que uma vez presentes esses requisitos poderá ser configurada a responsabilidade civil, tanto da pessoa jurídica privada como a do profissional empregado ou conveniado a ela, mesmo com a existência de um contrato de trabalho que aparentemente o proteja, haja vista que este não é um mero empregado, que deve obedecer às ordens, e sim, um "subordinado" sui generis que dita ações e abstenções aos outros funcionários da empresa hospitalar, sendo perfeitamente passível de sofrer eventuais demandas na esfera processual.

Atualmente, têm ocorrido muitos casos de postergação, ou até mesmo omissão de atendimento por parte dos médicos, nessas instituições particulares, por obedecerem ao protocolo de que primeiro se efetua o pagamento, ou apresenta-se uma garantia, para depois prosseguir com o atendimento. O receio do hospital é de não vir a receber o valor cobrado pelo tratamento do plano de saúde, ou mesmo da família do paciente em estado grave, que deseja atendimento.

Ocorre que a maioria dos médicos responsáveis, nessa ocasião, faz uma avaliação do caso, mas se abstém de prosseguir, ou até mesmo de iniciar o atendimento sem as ordens superiores para tanto. As instituições preferem negar o atendimento, sem antes ter a prévia garantia de pagamento certo pelo plano de saúde do segurado, ou de depósito direto em conta da empresa.

Muitos familiares e amigos têm presenciado o falecimento de seus entes queridos, ou mesmo, o sofrimento postergado deles por várias horas pela ausência de atendimento médico-hospitalar. Esse fato é uma praxe dos médicos, atuantes nesse setor privado da área de saúde. A empresa recebe recomendações de assim procederem por suas assessorias jurídicas, a fim de evitarem o aborrecimento de uma futura ação de cobrança judicial ou mesmo o inadimplemento sem solução da dívida, fato que prejudicaria muito a iniciativa privada da área.

Não obstante o empreendimento em questão não lidar com qualquer mercadoria ou prestação de serviço a ser comercializada, lavora-se com o bem jurídico vida e sua dignidade, tão exhaustivamente preconizados pela carta de outubro brasileira.

Conscientes os responsáveis devem estar de que com suas condutas sejam elas omissivas ou comissivas, o dano causado é quase sempre irreparável e o nexo causal é visível por qualquer jurista incipiente, gerando assim a responsabilidade civil objetiva, consoante o artigo 14 do código consumeirista.

Todavia, cumpre registrar os seguintes questionamentos: qual o posicionamento vigente dos tribunais em relação à prática abusiva de condicionamento de atendimento emergencial ao recebimento de pagamento prévio e exorbitante? Por que, nesse contexto, é difícil a configuração da responsabilidade subjetiva dos médicos contratados ou conveniados? O que o direito médico expõe a respeito de seus profissionais inertes, em relação ao seu dever de prestar cuidados conscienciosos?

Conforme as peculiaridades anteriormente apresentadas depreende-se a importância do presente estudo, haja vista que o direito à saúde é classificado como fundamental no ordenamento jurídico pátrio e que o Brasil não é bem abastecido em questão de saúde pública, precisando a maioria da população recorrer a ambientes privados de tratamento.

Na estruturação dessa pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se do estudo e análise de teorias e leis mais gerais para a ocorrência de fenômenos

específicos, que é a responsabilização civil de hospitais particulares e de seus médicos por postergação ou omissão de atendimento em toda a rede privada hospitalar brasileira.

Utiliza-se, de igual modo, a análise exegético-jurídica dos fatos e episódios. Fundamentado na realização de consultas a doutrina, jurisprudência e sítios jurídicos, tendo a finalidade de enriquecer a discussão sobre o tema em questão.

Na materialização da temática proposta será realizada uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado, constituído precipuamente de alguns livros e artigos científicos. O estudo bibliográfico se justifica pela natureza interdisciplinar do presente trabalho e pela contemporaneidade do tema.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, objetivando considerar estes aspectos tão relevantes. No primeiro capítulo, analisar-se-á as noções introdutórias atinentes a responsabilidade civil, seu conceito, requisitos e a definição de responsabilidade objetiva. Além de se fazer referência ao instituto da parte geral do direito civil, como o estado de perigo.

No segundo capítulo, será elucidada a questão da responsabilidade civil subjetiva dos médicos, esclarecendo-se a natureza jurídica da sua relação com o paciente e o conceito de erro médico, como elemento caracterizador da culpa, pressuposto essencial da responsabilidade subjetiva.

No capítulo que encerra esse trabalho, será abordada a relação jurídica médico-hospital-paciente nos casos de postergação ou omissão de atendimento, a forma adequada de promover a ação contra os agentes causadores do dano e o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) com relação às responsabilidades subjetiva e objetiva da relação médico-hospitalar.

Portanto, a matéria em estudo faz-se bastante pertinente, haja vista o direito fundamental básico, preconizado na Constituição Federal (CF), que é o direito à vida e o seu constante abuso no aspecto da saúde humana nos ambientes hospitalares privados nacionais. Ensejando, dessa forma, a responsabilização civil das pessoas físicas e jurídicas transgressoras.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PARTICULARES

O tema da responsabilidade civil nos tempos hodiernos é de suma importância, visto que o instituto visa restaurar um equilíbrio patrimonial e moral desfeitos e também redistribuir a riqueza, conforme os ditames da justiça. O assunto expõe a prestação de serviços privados da área de saúde, considerando-se que no Brasil não há um sistema público de saúde eficiente, sendo essas empresas cada vez mais requisitadas no seu âmbito de atuação, mesmo por aqueles pertencentes à classe média baixa.

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Um breve resumo histórico do assunto deve ser considerado. O embrião da responsabilidade civil nasceu com a vingança coletiva, consoante PAUPÉRIO e LITRENTO (1979), que se caracterizava pela reação conjunta do grupo, uma agressão contra o causador do dano, nessa época inexistia a figura do Estado. Com o passar dos tempos essa reação tornou-se individual, a famigerada vingança privada ou "justiça com as próprias mãos", que tinha como base a Lei de Talião.

Reparar o mal com o próprio mal, a agressão com outra de mesma similitude era moralmente aceito pela sociedade, intervindo o Estado somente para coibir abusos e estabelecer a melhor maneira e o tempo adequado para a represália. Na verdade, o que a Lei de Talião fez não foi estabelecer uma sanção civil e sim um duplo dano, era a forma mais rudimentar de responsabilidade objetiva.

A *Lex Aquilia de Damno*, de acordo com REALE (2002) foi uma grande evolução, para que se chegasse a idéia da responsabilidade civil atual, o patrimônio do lesante arcaria com a reparação, tendo como parâmetro à fixação da indenização o valor da coisa. O fundamento da responsabilidade com a nova *lex* era a culpa, de maneira que, se o agente houvesse agido sem essa, estaria elidida sua responsabilidade civil.

O estado romano aplicava essa lei, interferindo nos conflitos privados e fazendo com que o ofendido renunciasse a vingança privada em prol da composição, válido lembrar que nessa época não se fazia distinção entre a responsabilização civil e penal, diferenciação que só ocorreria na Idade Média.

O suporte da responsabilidade civil como se tem hoje é fruto do esforço doutrinário, que teve como seu maior expoente o jurista francês, DOMAT, influenciando a maioria das legislações civis mundiais, as quais eram fundamentadas na culpa.

A teoria do estudioso preconizava que o agente causador do dano por ação culposa deveria repará-lo e separava a responsabilidade civil perante a vítima da responsabilidade penal perante o Estado e foi adotada pelo Código Civil Francês em seu artigo 1.382. DOMAT (apud Maria Helena, 2007) proclama: "*Tout fait quelconque del'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par lê faute duquel il est arrivé, à le réparer*" (Qualquer fato do homem, que causa à outro um prejuízo, obriga o pela falta do qual chegou, repará-lo).

A Revolução Industrial, marco do século XIX, além de transformar providencialmente a sociedade, ampliou os tipos e maneiras de causar dano ao outro, nascia, assim, a Teoria do Risco, que fundamentava a responsabilidade civil objetiva com o escopo de proteger vítimas da grande produção em larga escala, informa APOLIANO CARDOSO (2008). Nessa modalidade de responsabilidade há uma presunção de culpa inafastável.

Atualmente, duas teorias convivem: a do risco e a da culpa, sendo a regra a Teoria da Culpa, na qual o lesado deverá provar a conduta culposa, o nexo de causalidade e o resultado danoso realizado pelo lesante, segundo inteligência do art. 927, caput, do Código Civil (CC): "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

A cada dano suportado pelo homem ocorre um desequilíbrio de ordem moral e patrimonial no meio social contexto em que está inserido, sendo a responsabilização na esfera cível um dos meios que o direito disponibiliza para sanar ou amenizar essa problemática, visto que a justiça não poderia tolerar que ofensas ficassem sem reparações.

Impende ressaltar que a responsabilidade civil, sendo uma relação obrigacional, procura restaurar um equilíbrio patrimonial e moral definidos pelos

homens em seu convívio social atribulado, tendo como objeto a prestação de um ressarcimento por um dano causado.

O ensinamento, que a explicita, enuncia que todo aquele que causar dano a outrem, de natureza material ou moral, ficará obrigado a repará-lo. Pelo que se pode observar da fase contemporânea, um dos princípios que dirige a responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*.

Significa o princípio que deverá haver uma reposição completa para a vítima da situação danosa, seja por meio de uma reconstituição natural da situação, que seria o ideal, reconstituição do *statu quo ante* ou mesmo por uma indenização pecuniária, que retratasse o valor do prejuízo causado, a qual se denomina de sanção indireta.

Na responsabilidade contratual, o fator que gera a reparação é a inexecução da obrigação contratada, ou seja, precisa-se de um contrato com objeto lícito, agente capaz e forma não defesa em lei. A regra é que não haverá limitação de valor para a reparação do dano, mas o contrato poderá estipular valor limite para uma futura reparação civil nos casos de presença de cláusula penal, vinculação de certos bens, delimitação por valor de seguro, dentre outros.

Nesse tipo de responsabilidade, prescinde que o contratante-lesado prove a culpa do inadimplente, para obter a reparação, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova será incumbência do devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar. Para que o devedor, lesante, não seja obrigado a indenizar, o mesmo deverá provar que o fato ocorreu devido a caso fortuito ou força maior.

Ainda, quanto ao fato gerador, a responsabilidade poderá ser extracontratual ou aquiliana, quando resulta da não observância da norma jurídica, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, observando que não há liame anterior entre as partes por não estarem ligadas por relação contratual. É a lesão a um direito sem haver entre o agressor e o ofendido qualquer relação jurídica.

Antagonicamente à contratual, caberá ao lesado provar a culpa do agente em uma de suas três modalidades: imprudência, imperícia ou negligência. A responsabilidade aquiliana poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, fundada no risco.

Sendo as modalidades de responsabilidade civil extracontratual, quanto ao fundamento: a subjetiva e a objetiva. Infere-se do estudo que haverá uma sanção civil para quem desrespeita as normas de direito privado, causando prejuízo a outrem, sem a necessidade de um contrato antecedente, é a nomeada responsabilidade extracontratual.

Aduz-se que é imperioso a imposição de temor as pessoas, a fim de que não causem dano a normas de direito particular. Os pressupostos da responsabilidade civil devem estar sempre presentes para a sua configuração, são eles: a) uma ação comissiva ou omissiva, que pode até mesmo ser lícita, conduta que configura a responsabilidade objetiva, embora não seja a regra; b) evento danoso de ato próprio, de fato de terceiro, fato de animal, ou de coisa inanimada que atinja que atinja o patrimônio ou a moral da vítima; c) liame de causalidade entre o fato e a ação danosa, só o podendo elidir a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Existem algumas subdivisões importantes da culpa, corrobora DIAZ FALAVIGNA (2005) feitas pela doutrina. Na prática de um ato positivo (imprudência), nomeia-se a culpa de *in committendo* ou *in faciendo*; na ação omissiva a culpa será *in omittendo*, por exemplo: o médico, que por alegar uma relação de subordinação contratual entre ele e o hospital, deixa de entubar um paciente em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI), mesmo havendo orientação para tal procedimento.

Culpa *in eligendo* advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação, tal juízo está uníssono ao entendimento do STF na súmula 341: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". Já a *in vigilando* provem da ausência de vigilância com o procedimento ilícito de outrem ou falta de vigilância em alguma coisa. Cumprem ter presentes os casos do art. 932 e incisos de I a IV do novel CC:

São também responsáveis pela reparação civil:

- I- Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III- O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele;
- IV- Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se alberguem por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

Nesses casos não se tem a figura da culpa nem mesmo a sua presunção legal em nenhuma modalidade, aceitando-se que as responsabilidades dos citados são extracontratuais, por fatos de terceiros e objetivas.

A última modalidade de culpa elaborada pela doutrina classificada é a *in custodiendo*, falta de cautela ou atenção em relação a um objeto ou animal sob a responsabilidade do agente, a presunção de culpa que há nessa responsabilização subjetiva é *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, sendo o *ônus probandi*, o do lesante conforme dispões os artigos 936 e 937 do CC:

936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

937. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

2.2 Conduta da pessoa jurídica e a responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade sem culpa no cenário jurídico doutrinário nacional foi logrando espaço, inicialmente, em casos específicos, como acontecia no Código das Estradas de Ferro (CEF), que previa expressamente o seu acolhimento no artigo 17, valendo ainda a ressalva para a Lei dos Acidentes de Trabalho e o Código Brasileiro do Ar. Foi com o CDC que veio a interpretação extensiva dada ao citado artigo do CEF, no sentido de reconhecer objetiva a responsabilidade em quase todos os casos de acidentes envolvendo transportes. Nele também passou a ser reconhecida a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, como bem explana o artigo 14 do CDC:

Artigo 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.
(grifo nosso)

A conduta comissiva ou omissiva é um dos requisitos para gerar a responsabilidade civil, mesmo na seara da responsabilidade objetiva, ela deve ser demonstrada, podendo até ser lícita. O dever de reparar o dano é imposto por lei e ocorrerá sempre que se provar um dano e seu nexo causal, prescindindo de comprovação da culpa. É o exercício da atividade de risco, porque ela por si só gera perigo, não importando qual foi o comportamento do agente.

Toda prestadora de serviço, no âmbito do direito privado, que realize atividade lícita, porém potencialmente perigosa, deverá ser responsabilizado pelo risco, exonerando-se a vítima do ônus da prova da culpa do réu (art. 14, caput, CDC). Revela-se expressivo, a propósito do tema no magistério de RODRIGUES (2002, p. 10):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Destarte, inconteste é a pessoa jurídica, hospital particular, a ter o dever de ressarcir eventuais danos, quando se omite no atendimento de pacientes, alegando qualquer pretexto, até mesmo a ausência de leitos disponíveis ou posterga o atendimento dos mesmos, até a assinatura de um contrato ilegal, acompanhado depósito imediato em conta e de valor demasiado.

A conduta de postergar o atendimento sem consequências mais graves, como o falecimento do paciente, ou até mesmo seqüelas para ele gera o dever de indenizar por danos morais. Não obstante a situação se agrava, quando a conduta do nosocômio é omissiva, havendo a recusa da prestação de serviços, mesmo com leitos disponíveis, em face da resistência ou impossibilidade dos familiares em realizarem um depósito de valor alto em conta, ou até mesmo assinarem um

contrato em estado de perigo. Tal conduta omissiva em casos de urgência gera comumente o falecimento da pessoa já debilitada.

O STF já editou súmula em relação à prática abusiva dos estabelecimentos hospitalares em pedirem a emissão de um cheque caução para internações emergenciais, declarando a impossibilidade e ilegalidade de tal ato, contudo o que se tem registrado é que tais empresas, apesar de não poderem mais pedir a emissão do cheque, condicionam o atendimento, principalmente de pacientes em estado grave, ao depósito direto, alegando seus advogados à proteção da livre iniciativa privada.

O juiz deverá examina a situação e, se for comprovada objetivamente a relação de causa e efeito entre o comportamento omissivo ou postergatório da pessoa jurídica e o dano experimentado pela vítima, seja o falecimento, seqüelas ou apenas o constrangimento moral, esta terá direito a uma reparação civil. Sobre a responsabilidade objetiva dos hospitais, em precisa abordagem do tema, segue duas ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO COMPROVADA. ART. 14, § 3º DO CDC. A responsabilidade dos hospitais, a partir da vigência da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadores de serviços devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que restou configurado o fato do serviço, consubstanciado no tratamento negligente dispensado pela equipe médica do nosocômio réu à demandante na pronta identificação de quadro infeccioso surgido em razão de erro em procedimento de sacrocolpopexia, por aquela ultimado, do qual resultaram graves sequelas, que poderiam ter sido evitadas, ou ao menos mitigadas, caso houvesse pronto diagnóstico do caso. Gravidade do procedimento cirúrgico de sacrocolpopexia, no qual foram identificadas aderências intra-abdominais - cujo desfazimento potencializava o risco de perfuração intestinal - aliada às contínuas queixas de dor e outros sintomas apresentados pela demandante no pós-operatório, conduzindo à suspeita de fistula intestinal, que exigiam uma investigação mais célere e detalhada do quadro clínico da autora, providência não ultimada pelo réu. Acompanhamento da suplicante, durante o pós-operatório, realizado basicamente por enfermeiros e médicos residentes, sem a comprovação da supervisão direta do profissional responsável pela cirurgia, providência que se mostrava imprescindível, por cediço que os cabedais técnico e prático destes são inferiores a de seus preceptores. Responsabilidade objetiva. Juízo de parcial procedência da ação, prolatado na sentença e mantido no voto dissidente, cujo restabelecimento se impõe. **EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS.** (Embargos Infringentes Nº 70029298197, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 15/05/2009). (grifo nosso).

2-DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO MÉDICO: CHOQUE ANAFILÁTICO. MORTE DA PACIENTE. INDENIZAÇÃO: DANOS MORAL E MATERIAL. INDEFERIMENTO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. REEXAME DE PROVAS: IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: "EMBARGOS INFRINGENTES - PRELIMINARES DE NULIDADE DO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS RADIOGRAFIAS ARQUIVADAS NO JUÍZO SINGULAR E INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS, NECESSIDADE DE PERÍCIA REJEITADA - CONDUTA CULPOSA DOS EMBARGANTES EVIDENCIADA - VOTO MAJORITÁRIO QUE DEVE SER MANTIDO ATÉ MESMO QUANTO À RECONVENÇÃO - PENSIONAMENTO CORRETAMENTE FIXADO - EMBARGOS REJEITADOS. Não procede a preliminar de nulidade do julgamento de segundo grau por ausência de análise das radiografias arquivadas no Juízo da 1ª Vara Cível, não remetidas a este Tribunal, visto que, nos termos do artigo 131 do CPC, em decorrência da livre apreciação da prova, pode o julgador formar sua convicção com outros elementos e fatos provados nos autos. Indicando na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento, o julgador exercita plenamente o preceituado no citado dispositivo processual. O mesmo se diga em relação à insuficiência de provas, e da necessidade de perícia, eis que o juiz é o destinatário da prova, e somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Do juiz é o poder de decidir sobre a produção ou não das provas, mesmo as requeridas pelas partes, sendo absoluta sua iniciativa probatória, em face do artigo 130 do CPC. Não ocorre cerceamento de defesa se a prova se revela desnecessária ante os elementos já existentes nos autos. Ante as provas coligidas nos autos, é de se manter o voto majoritário, no sentido de que houve culpa manifesta, na forma de negligência, tanto do Instituto e do responsável técnico. **A presunção de responsabilidade do Instituto, dita objetiva, transfere a ele o ônus da prova, por se tratar de serviços prestados como fornecedor de serviços (art. 14, caput), cuja responsabilidade independe da existência de culpa. O CDC é claro ao asseverar que, só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. (...)**" (fls. 312-313). 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a circunstância de que a ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta (fls. 31-33). 4. Os Agravantes alegam que teria sido contrariado o art. 5º, inc. LV da Constituição da República. Sustentam que "Cabia à parte autora, ora recorrida, o ônus da prova quanto à culpa dos ora recorrentes pela ocorrência do alegado erro médico, pois não houve inversão do ônus da prova no juízo monocrático. Aliás, sequer foi requerida a inversão" (fl. 515). Insurgem-se contra a decisão negativa da realização de perícia e afirmam, ainda, "No presente caso não houve valoração das radiografias anexadas aos autos pelos réus-recorrentes" (fl. 520). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste aos Agravantes. 6. A alegação de cerceamento de defesa não tem fundamento fático ou legal. O Juízo de primeira instância considerou as provas documentais suficientes para a apreciação da lide e a formação de seu convencimento, não entendendo necessária ou útil a realização de perícia. Agiu de acordo com o poder que lhe é conferido de decidir sobre a conveniência da produção de outras provas além daquelas já disponíveis no processo (grifo nosso).

O CDC registrou limpidamente a proteção do consumidor que é definido como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviços como destinatário final, e é mencionado na ampla maioria dos acórdãos de tribunais superiores.

Definiu também o CDC serviço em seu artigo 3 §2, como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, por remuneração, incluindo as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A responsabilidade dos hospitais só é objetiva em relação aos seus serviços oferecidos como empresa. Referente ao desempenho dos profissionais médicos nele atuantes ou conveniados, a responsabilidade do nosocômio passa a ser subjetiva. O que pede a prova da culpa dos médicos prepostos, somente, assim, pode-se presumir a culpa dos preponentes, segundo o entendimento sumular do Supremo Tribunal Federal (STF) nº 341: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

2.3 Dano

Quando o Estado assumiu a função de punir, surgiu a ação indenizatória por dano causados a terceiros, o responsável seria aquele que suportaria o prejuízo. O dano é um dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil, segundo a doutrina dominante, e ele figura nas ações civis com a denominação de patrimonial e moral.

Caso o prejuízo ocasione uma diminuição ao patrimônio do lesado, passível de mensuração, estará configurado o dano material; já o dano moral ou não patrimonial encontra muita dificuldade em sua valoração, haja vista que não há mensuração de nenhum bem material, mas sim, uma injúria, uma difamação que a vítima sofreu, alcançando a sua honra, a família, a liberdade.

O fundamento da reparação por danos morais está em que, retirando-se o patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica acomodar-se em casos de impunidade.

Por outro lado, a indenização mede-se pela extensão do dano, consoante o artigo 944, do CC: "A indenização mede-se pela extensão do dano". Faz-se imperioso reprimir os escritos do acórdão, do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, quando o desembargador SEVERO DA COSTA, ressaltou que:

Todo e qualquer dano causado a alguém ou ao seu patrimônio deve ser indenizado, de tal obrigação não se excluindo o mais importante deles, que é o dano moral, que deve automaticamente ser levado em conta. O dinheiro possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, lenir a dor com a perda de um ente querido pela indenização, que representa também punição e desestímulo do ato ilícito".

Não se está conferindo um preço à dor, e sim, abrandando o sofrimento do ofendido. Na ponderação do dano moral, o julgador deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de indivíduo para indivíduo.

Humilhações, situações que causam vexame, vergonha, a posição social do ofendido, o emprego por ele exercido e a repercussão negativa em suas atividades devem somar-se na avaliação do juiz afim de que ele saiba dosar a condenação do ofensor. Importante não é elucubrar, se haverá ou não ressarcimento por determinado dano sofrido, mas sim, o que se pode fazer para impedir que o mesmo ocorra outras vezes. Dessa forma, estar-se-á contribuindo para uma vida mais digna.

2.4 Liame de Causalidade

A teoria que rege a responsabilidade civil extracontratual em relação ao nexo causal, de acordo com Candilha (2008), é a Teoria da Causalidade Adequada, ela impõe que se deve procurar o antecedente imperioso a existência do dano e que concomitante guarde a mais perspicaz relação com este. Doutrinariamente, nomeado de antecedente adequado, é ele que traduz maior relação entre o dano e o **ato**.

Ao se achar o fato causador do dano, busca-se quem deve ser responsabilizado, caso seja interpretada equivocadamente a teoria da causalidade adequada seria responsabilizado quem não teve relação com o evento danoso, ou seja, quem não teve culpa ou não agiu omissiva ou comissivamente para a realização do dano. Cavalieri Filho (apud Varela, Forense), afirma:

Se alguém retém *ilicitamente* uma pessoa que se apresentava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como *causa* (jurídica) do *dano* ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito.

O nexo de causalidade extracontratual determina se o resultado surge como consequência natural da conduta praticada pelo agente.

Além de requisito da responsabilidade civil, ele é imprescindível, tendo em vista a impossibilidade de haver responsabilidade sem nexo causal, seja qual for o sistema adotado no caso concreto, subjetivo ou objetivo. Em relação às condutas omissivas, o nexo de causalidade é configurado ao agente que tem um dever jurídico de agir e não o faz.

O fato do não impedimento do resultado, quando se podia e se tinha os meios necessários para intervir, significa permitir, tacitamente, que a causa se concretize. Mesmo na hipótese objetiva de responsabilidade a conduta culposa pode ser omissiva, exemplo colhido pela jurisprudência é a omissão do Estado em relação ao detento morto por rebelião, reconhecida a responsabilidade objetiva em razão da falha dos seus agentes no cuidado e vigilância dos presidiários.

Já no caso da ação comissiva danosa, que sobreveio de uma conduta de terceiro, da vítima, caso fortuito, ou força maior estar-se-á, nesse diapasão, excluídos o liame de causalidade. Dispõe a inteligência do artigo 186 do CC que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

As causas excludentes do nexo de causalidade, ao lado das causas que excluem a ilicitude são chamadas, doutrinariamente, de excludentes da responsabilidade civil. As causas que excluem a ilicitude do fato estão elencadas no artigo 188 do CC:

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.

2.5 Defeito do negócio jurídico: estado de perigo

O tema dessa monografia se propõe a salientar uma situação bem específica que é a responsabilidade civil dos hospitais particulares e dos médicos por postergação ou omissão de atendimento. A omissão específica que se quer analisar dos hospitais particulares, se dá, por exemplo, quando um paciente chega ao estabelecimento sem apresentar carteira de plano de saúde e solicita o atendimento particular. O que o estudo visa frisar é o estado grave, que requer atendimento de urgência, geralmente com risco de morte.

A atitude dos hospitais, atualmente, só tem sido comissiva e efetiva, quando os parentes do enfermo ou alguém que se responsabilize pelo tratamento assinam um contrato padrão do estabelecimento, se comprometendo a arcar com todos as custas eventuais que vierem a surgir, além de desembolsarem uma soma alta em dinheiro, que não mais é em cheque caução. Tal situação, não há dúvidas, que configura o estado de perigo, segundo dispõe art. 156 do CC, conceituação que faltava ao Código de 1916:

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

A responsabilidade civil tanto aludida é gerada pela omissão do atendimento ou sua postergação, face à resistência dos familiares em assinarem o contrato imposto pelo conhecimento de suas cláusulas abusivas, ou por o assinarem, mas não conseguirem desembolsar o valor excessivamente oneroso pedido no momento da urgência do atendimento. O estado de perigo é de conhecimento do contratante, último requisito para sua configuração.

Gagliano e Pamplona (2002) corroboram o entendimento supracitado assinalando, como hodierno exemplo do estado de perigo, o ato de garantia (fiança, aval ou emissão de cheque) prestado por indivíduo que pretenda internar, em caráter de urgência, um parente seu ou pessoa grada em estabelecimento hospitalar e se vê na contingência de só obter a internação mediante a emissão da garantia.

O perigo não foi motivado pelo beneficiário, contudo ele toma conhecimento da situação. A ciência do perigo é requisito para que ocorra o vício, ocorre um abuso na situação em tela. As circunstâncias, embora sejam parecidas, se distanciam da lesão, porque nela o contratante, com base em razões econômicas ou por sua própria inexperiência, é levado a contratar e não há o estado emergencial.

Mesmo os familiares contraindo tal obrigação excessivamente onerosa exigida pelo hospital e depositando o dinheiro no momento anterior ao atendimento, como se tem exigido os estabelecimentos privados da área, o negócio poderá ser anulado, caso seja entendido e configurado o estado de perigo. Se não o for reconhecido, nenhuma importância será devolvida, padecendo a vítima de empobrecimento vultoso.

A doutrina aventou a hipótese, segundo VIEIRA (2006), sob várias fundamentações de o negócio praticado em estado de perigo subsistir, mas o valor do pagamento ser reduzido a seu preço justo, porque a mera anulação do negócio conduziria também a resultado injusto, pois houve um serviço prestado.

Existe a possibilidade de redução proporcional do valor do contrato, ao invés da sua anulação, quando o serviço prestado resultar benefício para a outra parte, e tenha o prestador dos serviços agido de boa fé, conforme art. 606 do mesmo diploma:

Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em LEI, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Incontestes que o estado de perigo macula a livre declaração de vontade da parte para a realização do negócio jurídico, vez que assume obrigação

excessivamente onerosa por razão de encontrar-se diante de um grave dano à sua pessoa, familiar ou afins, provocando desequilíbrio entre os pactuantes desde o seu ato de celebração, como também que a situação estudada configura estado de perigo.

3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO

A responsabilidade subjetiva, respaldada na teoria da culpa, precisa além do ato lesivo do agente causador do dano, a lesão, o nexo causal e a culpa, elemento que não se averiguava na responsabilidade objetiva. O dever jurídico preexistente e uma obrigação inadimplida são os pressupostos da responsabilização do médico. A obrigação é sempre um dever legal originário; já a responsabilidade é um dever legal consecutivo, em decorrência da violação do primeiro.

3.1 Conceito de responsabilidade subjetiva do médico

A responsabilidade civil subjetiva diferencia-se da objetiva pela presença da culpa, para que surja o dever de indenizar. Quando o agente causador do prejuízo, quis o resultado danoso, ou assumiu o risco de que ele ocorresse, ou ainda, atuou com imprudência, negligência ou imperícia, restando caracterizada a culpa em sentido estrito, houve o fundamento da responsabilização subjetiva.

A culpa, conforme GONÇALVES (2007), caracteriza-se pela conduta voluntária, comissiva ou omissiva, contrária ao dever de cuidado, imposto pelo direito com a produção de um dano involuntário, mas previsível. Ela será um ônus para a vítima provar, nessa modalidade de responsabilidade.

Para configuração da culpa é preciso apreciar a especialização do profissional da medicina, além de outras características do ato médico específico, como por exemplo, a atualidade da ciência sobre o assunto, já que o profissional não pode responder por um dano gerado pela insuficiência de sua arte.

A questão da previsibilidade está relacionada a tudo aquilo que tem certo grau de probabilidade de ocorrência, ou seja, a razoabilidade de se fazer a previsão. Caso não houvesse previsibilidade alguma do evento danoso ocorrer, estar-se-á no campo do caso fortuito ou de força maior, situações que excluem o nexo causal e, conseqüentemente, o dever de indenizar. Se o evento for inevitável e imprevisível

trata-se de caso fortuito, caso seja só inevitável, seria exemplo de força maior, consoante pontifica o ilustre doutrinador Cavalieri Filho (2004).

A atividade médica é regida pela responsabilidade subjetiva com fulcro no artigo 159 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Na mesma acepção, o CDC em seu parágrafo 4º, artigo 14: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

O CC dispõe, ainda, sobre a responsabilidade desses profissionais no artigo 951:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Citando, ainda, tais artigos referidos:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

O pleito de responsabilização civil do médico não se trata de um mero inconformismo do paciente frustrado com o resultado, ou do parente inconformado com a perda do ente, é sim um direito subjetivo da vítima reconhecido e que deverá

arcar com o ônus de provar a conduta danosa do agente. A conduta poderá ser omissiva e nessa omissão ter-se-á que provar a negligência do não agir.

Prudente é esclarecer mais duas nomenclaturas necessárias para a teoria da responsabilidade subjetiva, encontradas em VARELA (2008), obrigações de meio e de resultado. As obrigações de meio são aquelas em que o agente é obrigado a se utilizar de todos os meios necessários para tentar obter um resultado benéfico, assim é caracterizada a maioria das obrigações dos médicos com responsabilidade subjetiva.

Já as obrigações de resultado são aquelas em que o agente é obrigado a obter o resultado pretendido, do contrário terá que arcar com as suas conseqüências, responsabilização objetiva.

Os casos de responsabilidade objetiva do médico não existem, mesmo no caso do cirurgião plástico, por se tratar de uma obrigação de resultado, ocorre uma presunção de culpa, invertendo-se o ônus *probandi* e, cabendo a prova em contrário do profissional, como corrobora o parecer ministerial do TJRS no Agravo de Instrumento (AI) nº 700123121138:

Com efeito, a inicial indenizatória revela que as agravadas realizaram a cirurgia, mesmo tendo sido alertadas do **estado gripal, febril e encatarrado do paciente**. A despeito deste quadro, a cirurgia foi realizada e após 20 minutos do início do procedimento (fl. 51 "in fine") resultou parada cardiorrespiratória por mais de 05 minutos, ocasionando seqüelas cerebrais gravíssimas no menor. Ora, analisando os autos, **verifica-se que as alegações do autor quanto ao estado de saúde na data da internação mostram-se procedentes, eis que encontram respaldo na ficha de admissão de enfermagem realizada no hospital agravado (fl. 57), na data da cirurgia de adenoidectomia. Neste documento consta no quesito medicações em uso amoxicilina 250 mg 6ml/3x ao dia, evidenciando que o menor fazia uso de antibiótico (para infecções de trato respiratório) nesta ocasião, corroborando a tese de que se encontrava estado gripal e febril como narra a inicial da ação indenizatória**. Além disto, o próprio documento de fl. 51, oriundo do Hospital de Viamão, onde há descrição do ato cirúrgico, **há menção de que o paciente há 3 dias tinha febre de 38 graus C°**. Saliente-se que, a despeito de não se discutir a necessidade efetiva da cirurgia no caso concreto, ela, sem dúvida, se mostra um procedimento eletivo e, portanto, não há como submeter paciente a tal sem estar convenientemente preparado, tendo assim sido minimizados todos os riscos de qualquer alteração lesiva no estado de saúde, causando danos irreparáveis.

Saliente-se que na mesma **ficha de admissão há informação de reação alérgica à vacina triplíce que fez aos 06 meses, bem como no documento de fl. 52 há informações da cirurgia proposta- adenoimigdelatomia - e a que foi realmente feita – adenoidectomia -**, demonstrado que a proposta foi realizada, pois a parada cardíaca se deu no

início do procedimento, impedindo a realização de todo ato cirúrgico proposto.

Ademais, as fotos de fls. 72 e segs. falam por si só, revelando, primeiramente, uma criança normal e, depois, o menor já com a paralisia cerebral e seqüelas daí decorrentes evidenciando que, sem dúvida, após a cirurgia, houve mudança na saúde do menor. Destarte, em nível de tutela antecipatória, a verossimilhança das alegações do autor resultou demonstrada na sua situação anterior e posterior à cirurgia, bem como às motivações esboçadas na inicial que ensejariam o insucesso do procedimento e levariam aos danos físicos ao menor, trazendo elementos suficientes para entender da verossimilhança das alegações do autor.

De outra parte, o prejuízo irreparável mostra-se incontestável na medida em que o menor necessita, de imediato, de cuidados e tratamentos especiais para minimizar o dano causado pela conduta dos demandados.(...)”(grifo nosso).

As deliberações dos tribunais estão no sentido pacífico da responsabilidade subjetiva do médico com o ônus da prova pormenorizado para o lesado.

Evidencia-se que o órgão acusador se remonta sempre à inicial acusatória com dados do estado de saúde do agravante, provados em folhas do processo e fichas feitas no próprio hospital pelas enfermeiras, além de citar nomes de medicações e suas respectivas dosagens, incompatíveis com a intervenção cirúrgica, feita pela médica naquele momento. Fotos também foram anexadas ao processo originário com o intuito de melhor evidenciar a culpa das agravadas.

3.2 Natureza jurídica do contrato médico-paciente

A Medicina passou por amplas mudanças nos últimos anos, sendo, hodiernamente mais objetiva, com base em exames e tratamentos mais aprimorados. Nesse panorama, o direito vem cobrar mais responsabilidades dos médicos ao diagnosticar doenças, optar por tratamentos, receitar determinados medicamentos, dentre outros.

Na relação médico-paciente, consoante maioria da doutrina, se configura um contrato de prestação de serviço. Define o CDC, em seu artigo 3.º, § 2.º, que serviço é a atividade remunerada, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, uma obrigação de fazer.

O que ocorre dentro de um consultório ou de um hospital, data máxima vênia, não é nada mais que uma relação comercial, o paciente paga pelo serviço antes

mesmo de saber se ele será eficaz e, quase nunca, há a reclamação da importância paga por arrependimento do serviço recebido. Muitas pessoas, atualmente, inseguras com o diagnóstico dado pelo profissional da área de saúde se submetem a novos atendimentos para obterem opiniões, que confirmem ou não, a do primeiro médico.

É fato notório a vulgarização do comércio da medicina e do descaso do médico com o paciente, conforme esclarecedor entendimento de PANASCO (1984, p.39):

O público vê agora no médico um comerciante que vende sua ciência, sua arte, em fatias, como o dono do armazém vende seu café em pacotes. Da mesma forma que o freguês confere seu troco ao sair da loja, o doente procura certificar-se de que o tratamento dispensado pelo médico valeu realmente o preço que lhe foi cobrado, pois já não existe uma confiança ilimitada no médico.

De acordo com o artigo 1056 do CC: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos". Malgrado seja o médico a parte contratada do negócio jurídico, não é ele quem deverá fazer prova da ocorrência de excludentes do nexo causal a sua conduta culposa.

Caracteriza-se a relação médico – paciente como sendo prestação de serviços, mas a doutrina e jurisprudência informam a necessidade do paciente provar que o médico agiu com culpa, exceção à regra geral dos contratos. Há nesses casos, um contrato *sui generis*, já que seu inadimplemento, quando este se configurar, necessita da prova da culpa do médico, o não cumpridor do contrato.

Não haverá a presunção de culpa do devedor-médico, característica distintiva dos contratos, quando a obrigação contratual não for adimplida pelo contratado. Prevalece, na relação contratual não cumprida, no caso de médico e paciente, a necessidade do contratante provar a falta do médico.

O autor VENOSA (2002) defende que o contrato médico-paciente é de prestação de serviços, contudo pode ser qualificado de outra forma, a depender da situação dos fatos. Exemplo disso é o funcionário público médico que atua no hospital do Estado, ocasionando dano a um paciente culposamente, somente responderá pelo mesmo em ação de regressiva do hospital, pois há a responsabilidade objetiva do estado, em primeiro lugar, conforme artigo 37, § 6º, da CF.

Outra situação entre médico e paciente, a qual não deve configurar contrato de prestação de serviço, é o caso de ambos se encontrem em local estranho a clínica ou hospital e, em situação de emergência, o profissional prestar socorro ao enfermo. Se o médico não prestasse socorro ao necessitado, nessas condições, poderia ser tipificado o crime de omissão de socorro.

Outro enfoque a ser analisado na contratação estudada é a necessidade do consentimento informado do paciente, termo que ordena ao médico a obrigação de cientificar ao paciente todo o procedimento a ser adotado e a possibilidade de outros tratamentos apropriados e suas imagináveis conseqüências danosas. Caso isso não seja esclarecido, qualquer efeito danoso do tratamento adotado, sem prévio aviso, será de responsabilidade do médico, que terá de indenizar o paciente, caso este prove o nexo causal entre o dano sofrido e a falta de informação.

Mesmo que o médico aja prudentemente, sem culpa, em todas as etapas do tratamento ou procedimento cirúrgico, se houver um dano, não informado ao paciente, que era previsível, nessa forma de intervenção, houve a falta do dever de informar do contratado e deverá haver responsabilidade, mesmo com conduta perita, prudente e não negligente. Nesse caso o ônus da prova é do médico, ele deve provar que houve o consentimento informado e de preferência documentalmente.

3.3 Erro médico: a conduta omissiva

Em noventa procedimentos judiciais com trânsito em julgado nos estados de São Paulo e Santa Catarina, referentes aos anos de 2006 a 2008, envolvendo hospitais e médicos, conforme estudos apresentados por CAPELLA (2008), constatou-se que a condenação de médicos somente ocorreu em 34% dos casos. Esse percentual foi amortizado para 19% após recurso aos tribunais respectivos.

Já condenação dos hospitais pontuou 35% em primeira instância diminuindo para 26% em segunda instância. A dor das famílias que perdem seus entes queridos por condutas danosas de médicos nem sempre permite que elas enfrentem uma nova luta, sendo essa judicial e economicamente mais elevada.

Mesmo as que têm coragem de fazê-lo, só conseguem condenar menos que 20% dos lesantes em casos de erro médico. Ocorre que já é difícil provar o erro médico, na modalidade comissiva, o grau de dificuldade é aumento, ainda mais, quando a modalidade é conduta omissiva.

O erro médico é caracterizado por uma conduta inadequada do profissional, motivado por uma omissão voluntária ou por uma ação, negligente, imprudente ou imperita. Também configura a falha, a carência de informação do médico ao paciente sobre as opções de tratamento ou possibilidade de danos no procedimento escolhido.

O problema em caracterizar esse dano inicia-se na conduta corporativista dos conselhos e órgãos da classe que não julgam adequadamente os erros, ocorrendo certa benevolência nos procedimentos administrativos internos. Argumenta-se a inexatidão da ciência, os recursos disponíveis, a evolução da enfermidade imprevisível e a máquina falha do corpo humano.

Há dificuldade ainda em encontrar peritos da classe que se disponham em apresentar seus laudos em juízo. O que no início do processo é um erro grosseiro, pela insuficiência das provas e pelo tempo transcorrido pode tornar-se uma mera complicação ou acidente.

Um caso recente de erro médico por omissão de socorro foi abordado na mídia no segundo semestre de 2009, tratou-se de abortos de jovens mães no Hospital Miguel Couto, uma delas já sentia as contrações do parto, quando se dirigiu ao obstetra responsável. Dele apenas recebeu a informação de que não poderia permanecer no local pela falta de acomodação.

A atitude do profissional, na ocasião, foi a de rabiscar em seu braço um nome de outra unidade hospitalar e as linhas de ônibus que seguiam o percurso, segundo consta em reportagem de BRITO (2008).

Essa conduta voluntária omissiva de atendimento é inadmissível, mesmo havendo ausência de leitos, pois se tratava de um especialista na área. Não houve notícias na mídia sobre a possibilidade de responsabilização civil desse profissional, apenas foi elucubrada a responsabilidade penal.

Apesar do avanço da medicina, da tecnologia hospitalar e curativa, o médico não é isento de erros e é por esta razão que tem crescido o número de seguros, assinados pelos hospitais e pelos doutores da saúde. Tais seguros teriam a possibilidade de responderem financeiramente por qualquer dano que o profissional

viesse a causar por condutas duvidosas. Esse procedimento de contratação de seguro já é muito utilizado nos Estados Unidos e inicia-se, vagarosamente, no Brasil.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PARTICULAR E SEUS MÉDICOS POR POSTERGAÇÃO OU OMISSÃO DO ATENDIMENTO

4.1 Relação jurídica médico–hospital-paciente em caso de postergação ou omissão de atendimento

Foram analisadas, em separado, as relações jurídicas entre hospital e paciente, médico e paciente; no entanto, quando a omissão ou postergação ocorrer no hospital por um médico preposto, alegando obediência aos protocolos do estabelecimento empresarial, as relações jurídicas analisadas se emaranharão.

Os prepostos burocráticos do hospital privado, como a recepcionista, a secretária, os advogados, não são considerados garantes da vida de ninguém que entrar no estabelecimento em estado grave, ou necessitando de cuidados médicos. Nem ao menos tem o dever jurídico de agir no sentido de salvar a vida, ou amenizar a dor do debilitado. Ao contrário, esses prepostos devem obedecer às ordens hierarquicamente superiores a eles por força de seus contratos de trabalho.

O funcionário médico do hospital tem uma relação jurídica distinta com o paciente, que requisita atendimento ao hospital e recebe do profissional sua primeira avaliação. O mesmo raciocínio é feito para distinguir o status desse profissional, o seu contrato de trabalho por sua formação e a sua relação jurídica com o doente, do empregado normal por razões lógicas inerentes à função.

Caso o médico, encontre-se com o paciente dentro de um hospital ou clínica estará configurada uma relação jurídica diferente daquela que o seria, se eles se localizassem em outro lugar. Ainda mais, quando há uma situação de emergência, de dependência da vida do necessitado com esse profissional garante. Se ambos se deparam na rua, em um acidente, por exemplo, não há uma relação jurídica estabelecida, muito menos um contrato de prestação de serviço, mas há o dever do médico de, se podendo socorrer, o fazer, do contrário, tipifica-se a conduta penal de omissão de socorro.

Situação oposicionalmente diversa é a entrada de um doente, necessitando de atendimento emergencial, em um hospital privado, sendo encaminhado ao médico plantonista, que fará as primeiras considerações sobre o caso. Enquanto há o pronto atendimento, alguém deve se responsabilizar pela pessoa enferma, informando seus dados na recepção e acertando a forma de pagamento.

A empresa dita ordens a seus funcionários para recusar o atendimento, caso o paciente não apresente plano de saúde, ou outra forma de garantir o pagamento à vista. Contudo, à revelia das ordens, o médico que faz a avaliação do caso não deve se negar a prestar socorro à pessoa, pelo fato de não ser mero empregado contratado da empresa, mas sim um profissional habilitado a salvar vidas.

A relação de subordinação, imposta pelo contrato de trabalho, nesse caso, deve ser relativizada, no sentido de que o clínico não se omita nos seus deveres extracontratuais com o debilitado em atendimento, em favor das ordens da pessoa jurídica empresarial, pois, na esfera judicial, ele não será acobertado pelo manto da subordinação empregatícia, haja vista o direito constitucional maior à vida em apreciação, preterido.

Há um conflito aparente de normas, de um lado os direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade física com patamares constitucionais, de outro o respeito à subordinação hierárquica que é estabelecida no contrato de trabalho, respaldada legalmente na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Não resta dúvida que o último deve ser relativizado em respeito à norma hierarquicamente superior de onde emana todo o ordenamento jurídico vigente.

Os direitos fundamentais são absolutos, pois se situam no patamar mais elevado da hierarquia jurídica e não toleram restrições. O Estado existe para defender os direitos naturais dos homens e todo poder é limitado em relação a esses direitos, eles têm prioridade absoluta sobre qualquer interesse individual ou coletivo. Não havendo nenhuma possibilidade de a iniciativa privada em nome da seguridade de seu lucro prevalecer sobre eles.

Ademais o excesso de precaução dos hospitais é infundado, haja vista que ele poderia conceder o atendimento particular a um doente emergencial, condicionando o aprofundamento do tratamento à assinatura dos responsáveis

de um contrato de prestação de serviços com preços justos, no valor de mercado, a fim de que no futuro não se reivindique eventual defeito do negócio jurídico por estado de perigo.

4.2 Propositura da ação civil contra hospital e o médico em litisconsórcio facultativo

Na propositura da ação civil, o lesado ou os familiares da vítima do dano médico-hospitalar devem demandar, no pólo passivo em litisconsórcio facultativo, tanto o hospital, quanto o médico omissor ou postergador. Ambos causaram o dano, na medida em que a empresa se recusou a atender, salvo apresentação de pagamento adiantado ou outros expedientes da espécie e o médico por não ter prestado os devidos cuidados conscienciosos dentro da unidade ao paciente que precisava de cuidados urgentes e que só ele poderia proceder para a melhora.

É na inteligência do artigo. 46 do Código de Processo Civil (CPC) que trata das hipóteses de cabimento do litisconsórcio facultativo, que se dispôs:

Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente a lide;
- II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
- III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Na questão em apreço o litisconsórcio será no pólo passivo, estabelecido pela vontade do autor da demanda por derivar a obrigação dos demandados do mesmo fundamento de fato. Esse litisconsórcio poderá ser limitado pelo juiz, somente em hipótese do número de litigantes comprometerem a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, feito o pedido, interrompe-se o prazo para a

resposta, recomeçando-se a contagem da intimação da decisão.

Há a possibilidade de o autor ingressar somente contra o médico e esse posteriormente a uma sentença condenatória, intentar uma ação regressiva contra o hospital. Ocorre que ambos devem suportar a indenização, mas nunca em co-responsabilidade ou solidariedade, já que essa só é derivada de lei ou da vontade das partes, o que não é o caso.

4.3 Posicionamento do STJ

O histórico recente de decisões do STJ reflete a contemporânea visão a respeito da relação médico-hospitalar. Quando a lide aborda a atividade médica propriamente dita, o foco é a conduta do profissional responsável, analisando a responsabilidade em seu aspecto subjetivo.

Em outro extremo, quando o litígio versar sobre o erro no serviço da empresa hospitalar, não se buscará sopesar a conduta culposa, mas apenas a existência ou ausência da falha na prestação do serviço causador do evento danoso, configurando-se responsabilidade objetiva.

Qualquer acontecimento danoso envolvendo o fato da internação, o qual abrange a estadia do paciente, exames e diagnósticos haverá responsabilidade única e objetiva do hospital. Nesse diapasão é o Recurso Especial (RESP) nº 629.212/RJ, que teve como relator o ministro César Rocha:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido. (REsp, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15.05.2007, DJ 17.09.2007 p. 285)

O hospital privado em regra tem responsabilidade objetiva, mas no caso de se relacionar o seu encargo à atuação errônea do profissional da saúde, deverá ser comprovada a culpa deste para que se configure a responsabilidade do primeiro. Corroborando esse entendimento é o Resp. nº 258.389/SP de relatoria do ministro Fernando Gonçalves:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 -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 preponentes. 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.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 -O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 -Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. Julgado em 16.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 275. (grifo nosso).

Não há, portanto, divergência nesse assunto no STJ, mas sim uma jurisprudência solidificada e respeitada com arrimo na argumentação dos ministros.

5 CONCLUSÃO

O trabalho desenvolveu noções gerais sobre a problemática da tese científica, que abordou a omissão e postergação de atendimento médico-hospitalar de urgência à pacientes em estado de emergência.

Inicialmente, constatou-se as formas de configuração da responsabilidade objetiva hospitalar com arrimo em evoluções históricas da teoria. Posteriormente, houve o estudo da responsabilização subjetiva do médico e a demonstração da dificuldade de sua configuração em procedimentos judiciais.

De acordo com a teoria do risco, preconizada pelo desenvolvimento da humanidade e o progresso tecnológico, a teoria subjetivista apresentou-se insuficiente para solucionar os conflitos sociais e abarcar todos os danos ressarcíveis, promovendo, assim, o espaço para as inovações da teoria objetivista, cujo núcleo não seria mais a culpa.

Nesse íterim, acentuou-se que havia formas de exclusão do nexo de causalidade para a espécie de responsabilidade objetiva e subjetiva, de forma que se comprovada tal elisão ficaria prejudicada qualquer demanda judicial de indenização por danos morais e materiais.

No tocante a tese de relativização da hierarquia do contrato de trabalho entre hospital-preponente e médico-preposto, para possível responsabilização do profissional da área de saúde, defendeu-se a teoria de que deveria haver a descondenação dessa superioridade no âmbito judiciário em favorecimento ao bem maior à vida.

Ficaram patentes os requisitos para se demonstrarem a responsabilidade civil, tanto objetiva quanto subjetiva, **assim, acionando-a sempre que necessário com o intuito de defender direitos e honrar o ordenamento jurídico brasileiro.**

Evidenciou-se que o instituto da responsabilidade civil é basilar proteção para todo cidadão, principalmente o consumidor, parte hipossuficiente nas relações jurídicas; sendo, pois, a maneira de efetivação de direitos fundamentais no seio social. A responsabilização por atos ilícitos foi uma instituição, que evoluiu com o transcorrer do tempo, migrando de mero fato social no direito romano para a instituição-base do mundo moderno.

Também foi explanada a relação jurídica formada entre médico e paciente, caracterizada por um contrato de prestação de serviços, segundo a maior doutrina, e a modalidade de responsabilidade desse profissional que se traduz como subjetiva. Foi destacado e exemplificado que a conduta culposa, ensejadora dessa forma de responsabilidade pode ser até mesmo omissiva, caracterizando um erro médico.

Amparou-se, neste trabalho, à luz dos princípios constitucionalmente garantidos, que não há que se haver omissão ou postergação de atendimento médico em favorecimento da proteção do lucro da iniciativa privada em um país que possui um sistema precário de saúde pública.

Concluiu-se que a propositura de demanda civil em litisconsórcio facultativo passivo em relação ao hospital e ao médico é instrumento hábil para ressarcir os prejudicados, sendo, assim, efetivados os enunciados das normas materiais, preconizadas pelo ordenamento jurídico.

O posicionamento consolidado do STJ acerca da responsabilização médico-hospitalar seguiu que não é utopia propor esse tipo de ação contra o preponente e o preposto médico, pois há segurança no entendimento das responsabilizações individuais, de cada um, logo bastaria fundamentar a não desobrigação do médico em sua conduta omissiva, mesmo havendo relação trabalhista, com fulcro na garantia constitucional do direito fundamental à vida.

Malgrado não se ter encontrado julgado específico com um caso assemelhado ao tema do trabalho, imperioso faz-se notar que as normas são claras. A jurisprudência das responsabilidades estão firmadas e as condutas omissivas ou postergatórias são flagrantemente contrárias à norma ápice do ordenamento pátrio.

Portanto, concluiu-se-se que os prejudicados nesse tipo de episódios devem procurar o poder judiciário sob o véu da relativização da hierarquia do contrato de trabalho do médico em favor do direito à vida e demandar também a pessoa jurídica que procede em desrespeito aos direitos fundamentais, ao arripio das garantias constitucionais.

Por último, anexou-se ao estudo uma reportagem da folha on-line, que relatava um caso concreto e recente ocorrido no presente ano em um hospital público do estado do Rio de Janeiro, no qual um médico obstetra omitiu socorro a uma mulher grávida que já se consternava com as dores do parto.

REFERÊNCIAS

BRITO, Diana. **Hospital municipal recusou remoção, diz mulher que perdeu bebê no Rio**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1512876/hospital-municipal-recusou-remocao-diz-mulher-que-perdeu-bebe-no-rio>. Acesso em: 10nov2009.

CAVALIERA FILHO, Sérgio. **Obrigações**. 4 ed. Forense. 2008.

Código Civil Brasileiro. **Lei 10.406/2002**

Código de Processo Civil. **Lei 5869**

Código de Estradas de Ferro. **Lei**

Código Brasileiro do Ar. **Lei 7565**

Constituição Federal de 1988

Consolidação das Leis Trabalhistas. **Decreto Lei 5452**

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 3. v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 3. v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. re. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 3. v.

KAFURI, Alexandre Morais de. **Responsabilidade civil, danos: patrimonial e moral**. Disponível em: <http://www.oabgo.org.br/Revistas/34/juridico3.htm>. Acesso em: 27 ago. 2009

LISBOA CAPELLA, Felipe. **Apenas 19% dos processos contra médicos terminam em condenação**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-06/medicos_sao_condenados_apenas_19_processos. Acesso em 09nov2009.

MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 1. v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. V.4. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ANEXO A – Caso das mães que abortaram por negligência de médico

08/07/2009

Folha on Line

Hospital municipal recusou remoção, diz mulher que perdeu bebê no Rio

Extraído de: Folha Online - 08 de Julho de 2009

Em depoimento na 14ª DP (Leblon), no Rio, Manuela Costa, 29, que perdeu o bebê na última quinta-feira (2), disse que motoristas do hospital municipal Miguel Couto, na Gávea, zona sul, se recusaram a removê-la para outra unidade durante o trabalho de parto.

A jovem chegou a ser atendida no hospital pelo obstetra José Roberto Ferraz, que informou que ela não poderia permanecer no local porque não havia acomodações naquele momento. Ela relatou que o médico rabiscou em um de seus braços o nome da unidade que deveria procurar e as linhas de ônibus que a levariam até o local. O mesmo ocorreu com outras duas mulheres.

"Assim que ela deixou o hospital Miguel Couto, depois de meia hora de espera e de uma hora e meia de atendimento, o companheiro dela pediu ajuda a motoristas de duas ambulâncias que estavam na porta da unidade, mas eles se recusaram a socorrê-la também. Eles disseram que só podiam fazer isso com ordens superiores", afirmou o advogado da paciente, Michel Assef.

O advogado disse que Manuela Costa não pediu para ser removida de ambulância para o médico porque estava se sentindo muito mal e esqueceu do transporte. "Ela estava sentindo fortíssimas dores e não tinha condições de pedir nada para ninguém", disse o advogado, que ainda destacou que o marido da paciente não pôde acompanhá-la no interior do hospital.

Debilitada e com aparência de cansaço, Manuela prestou depoimento na tarde de hoje na delegacia do Leblon, acompanhada da mãe adotiva e de uma prima. Ao sair da delegacia, ela se emocionou por ter dificuldade de andar e foi amparada pelos parentes e pelo advogado.

No dia 2, Manuela Costa apresentou um grave quadro de descolamento da placenta e acabou perdendo o bebê, possivelmente no trajeto do hospital Miguel Couto (zona sul) para a maternidade Fernando Magalhães, em São Cristóvão, na zona norte da cidade, segundo a delegada titular da 14ª DP (Leblon), Tércia Amoedo.

A delegada ainda disse que o médico acusado de omitir socorro foi intimado a depor às 15h desta quinta-feira (9). Para a delegada, a omissão de socorro do médico teria sido a causa da morte do bebê.

"Em princípio, a gente está apurando uma omissão de socorro com o resultado morte e é muito provável que a gente conclua nesse sentido. Também é possível que esteja descartada a acusação de homicídio", disse a delegada.

Segundo a delegada, a pena para omissão de socorro simples é de seis meses. Porém, se for comprovada que a omissão é qualificada pelo resultado de morte, a pena aumenta três vezes e passa a ser de 18 meses.

"Isso é um procedimento que será encaminhado ao Juizado Especial Criminal e o juiz vai decidir a pena. Por enquanto, um inquérito criminal foi instaurado", disse a delegada.

O advogado de Manuela afirmou que vai promover uma ação por dano moral contra o médico e a Prefeitura do Rio, além de mover uma acusação de crime de calúnia, injúria e difamação contra uma médica do hospital Fernando Magalhães, que teria dito que Manuela usou drogas.

Outro lado

A assessoria da Secretaria Municipal de Saúde justificou a falta de atendimento no hospital municipal Miguel Couto por um erro do médico, que não atendeu corretamente a paciente e nem chegou a encaminhá-la a outra unidade através de uma ambulância da unidade. Segundo a secretaria, não cabe aos motoristas das ambulâncias julgar quem eles devem transportar. "Uma sindicância foi aberta para apurar os fatos", informou o órgão.

Quadro grave

Segundo uma testemunha, além de Manuela, outras duas mulheres grávidas teriam sido orientadas pelo mesmo médico a buscarem atendimento na Maternidade Fernando Magalhães.

Ao dispensá-las, na última quinta-feira, o médico rabiscou em seus braços o nome da unidade que deveriam procurar e as linhas de ônibus que as levariam até lá.

Autor: DIANA BRITO Colaboração para a Folha Online, no Rio.